

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
DIVORCE ET SES CAUSES

DANS

LA LÉGISLATION DE DEMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 10 Juin 1911, à 3 heures

PAR

LÉON VIGNAUD

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

Suffragants { MM. PLANIOL, professeur
PERCEROU, agrégé

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE
DIVORCE ET SES CAUSES

DANS

LA LÉGISLATION DE DEMAIN

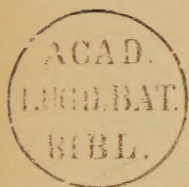
THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Samedi 10 Juin 1911, à 3 heures

PAR

LÉON VIGNAUD



Président : M. PIÉDELIEVRE.

Suffragants { MM. PLANIOL, *professeur*
PERCEROU, *agrégé*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1911

INTRODUCTION

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

« Tout est dit et l'on vient trop tard depuis plus de sept mille ans qu'il y a des hommes et qui pensent. Sur ce qui concerne les mœurs, le plus beau et le meilleur est enlevé ; l'on ne peut que glaner après les anciens et les habiles d'entre les modernes. » Cette belle pensée de Labruyère pourrait servir de préface à toute étude sur le divorce ; car peu de sujets ont suscité dans tous les pays et dans tous les milieux tant de discussions, et fait naître tant de polémiques. Et, cependant, le débat est loin d'être clos. Le principe de l'indissolubilité du mariage est encore soutenu par de très bons esprits et même ceux qui admettent le divorce sont loin de s'entendre sur les solutions à adopter.

D'aucuns prétendent que le divorce ne peut être qu'une cause de désordre social, et que le seul moyen de parer au danger qui nous menace est de faire un brusque

retour en arrière et de revenir à la conception canonique et biblique de l'union conjugale. M. Paul Bourget a brillamment soutenu cette thèse sur la scène et dans son roman intitulé : *Un divorce*. D'autres, au contraire, réclament, au nom de la liberté de l'individu et de l'intérêt social, une progression encore plus hardie dans la voie où le législateur de 1804 et de 1884 s'est engagé. Ils pensent qu'il est nécessaire, « afin d'assainir le mariage, de le rendre plus digne, plus fécond, plus souple, plus approprié aux mouvements des Sociétés nouvelles et aux besoins de l'esprit moderne, d'ouvrir presque toute grande cette porte de sortie du mariage que jusqu'ici on n'a fait qu'entrebâiller. » C'est l'opinion, avec des degrés divers d'exagérations, des féministes et des individualistes. Enfin, il en est même de plus absolus encore qui déclarent que le mariage a fait faillite, qu'il faut, avant tout, le détruire et que le divorce intégral est le seul moyen d'arriver à ce but.

Devant des opinions aussi multiples, aussi diverses, aussi contradictoires, il nous a semblé qu'il nous restait bien peu à glaner et qu'essayer d'émettre sur le divorce des idées originales serait chose bien difficile.

Nous avons pensé qu'il restait pourtant quelque chose à faire. A chaque moment de la vie d'une institution, il est toujours possible de faire un travail fécond et utile d'adaptation des principes qui la résument aux réa-

lités sans cesse changeantes de la pratique. Et, d'ailleurs, ne trouverons-nous pas aussi l'occasion de faire preuve d'une certaine personnalité, ne serait-ce qu'en nous efforçant d'imprimer à cette étude un caractère d'impartialité? Car dans ces multiples discussions, au sujet du divorce, beaucoup se sont laissés guider par un esprit de parti pris et la voix de la passion s'est trop souvent fait entendre. Trop souvent aussi de rigoureux logiciens ont dédaigné les leçons de la pratique pour se confier à la raison pure, faisant abstraction de la seule science capable de les guider sûrement dans leur tâche : nous voulons parler de la sociologie. Et c'est ainsi que bien souvent les thèses, qu'ils ont soutenues, n'ont été que des assemblages d'opinions sans fondement, des systèmes imaginés de toutes pièces, mais non le résultat d'inductions solidement basées sur l'expérience.

Partant donc de ce fait que la loi de 1884 a cessé d'être une réalité, nous nous proposons d'étudier, étant donné l'état actuel de notre société, si véritablement le divorce est possible ou nécessaire et, dans le cas où son maintien s'imposerait, chercher à résoudre les solutions qu'il doit comporter dans la législation de demain.

Mais, dès le début de cette étude, une question préjudicielle se pose. Le mariage, tel que nous l'avons conçu jusqu'ici, doit-il disparaître de notre droit? Si, comme beaucoup d'esprits sérieux le proposent de nos jours,

L'union libre doit être désormais reconnue par nos lois, la question du divorce est implicitement résolue. Nous nous garderons d'énumérer tous les systèmes qu'on a tenté de substituer à notre traditionnelle institution, qualifiée par certains de vieillie et de surannée. Socialistes, individualistes, néo-féministes, s'accordent à voir dans le mariage une atteinte flagrante à la liberté, un instrument de servitude pour la femme et surtout un obstacle insurmontable aux idées de progrès. Depuis longtemps, toutes ces critiques ont été victorieusement réfutées et il serait facile de prouver qu'aujourd'hui plus encore qu'à aucune autre époque de notre histoire, le mariage est, à tous égards, absolument indispensable à l'individu et à la collectivité.

D'ailleurs, réglementée ou non, la polygamie ne convient pas à notre race : elle est contraire à nos traditions ainsi qu'à nos goûts. Qu'on le veuille ou non, le maintien intégral de notre union légitime s'impose à nous. Il serait même très maladroit de vouloir en dénaturer la physionomie en lui enlevant le plus original de ses caractères pour consacrer l'égalité des sexes. A notre avis, cette autorité maritale, si critiquée pourtant aujourd'hui, loin d'être une iniquité, n'est que le corollaire logique de supériorités naturelles et physiologiques et un élément d'équilibre indispensable au fonctionnement normal de notre mariage.

Voyons maintenant le divorce considéré en lui-même.

Bien que certains sociologues, tels que M. Paul Bourget en France et M. Polacco en Italie, soutiennent encore la théorie de l'indissolubilité du lien conjugal, nous ne nous attarderons pas à réfuter des idées qui n'ont plus cours et dont la réalisation n'aurait d'ailleurs aucune chance d'aboutir. Le principe du divorce doit être d'autant mieux admis, à l'heure actuelle, que de nombreux éléments de dissociation du foyer se sont multipliés dans notre société moderne.

Que dire de notre vie économique qui chasse les deux époux hors du domicile conjugal, de ces grandes agglomérations actuelles qui facilitent à un si haut degré la débauche, de ce manque de direction morale et de cette littérature pernicieuse qui ne développe dans les âmes que ce qu'il y a de mauvais ou de moins noble ! D'ailleurs, restaurer le divorce, n'est-ce pas simplement renouer les liens qui nous rattachent au passé ? L'indissolubilité absolue de l'union des sexes est une idée purement théologique que l'Eglise a réussi au prix des plus grandes difficultés à imposer, malgré eux, à ses fidèles. L'histoire, la tradition, la sociologie, la raison elle-même, tout légitime le principe du divorce. La séparation de corps, à titre perpétuel, est à proscrire à jamais : « c'est l'hypocrite voile que l'on jette sur un mal qu'il est impossible de ne pas constater ». Le législateur n'a pas le droit d'éluder les

questions en donnant des solutions bâtarde, sortes de cotes mal taillées qui n'ôtent en rien aux difficultés à résoudre et constituent, sous des apparences légales, de véritables dénis de justice. Le principe de la séparation de corps est faux, mais il est de plus, immoral parce qu'il « attache à jamais l'époux honnête à l'époux indigne, et parce qu'il a pour conséquence fatale, l'adultère. Le divorce rend les époux à eux-mêmes ; il leur permet de regagner la considération du monde par l'usage qu'ils feront de leur liberté reconquise ; enfin, il leur laisse la possibilité de trouver le bonheur dans le devoir ».

Mais il ne faudrait pas oublier que le divorce peut devenir entre les mains de mauvais législateurs le meilleur instrument de désorganisation sociale. Il n'est pas seulement la manifestation d'un mal mais quelquefois une cause efficiente de perturbation. Il brise la famille, suggère l'idée de seconds mariages, et empêche la résignation chez les époux. C'est un acte révolutionnaire dirigé contre l'union légitime dont il est nécessaire d'enrayer le mouvement dans les limites du juste et de l'utile. C'est donc dans un esprit nettement opposé à l'élargissement du divorce que nous aborderons l'étude de cette institution. Et nous nous garderons bien de suivre l'exemple de rédacteurs de notre loi de 1884 qui, par une sorte d'abdication, ont remis le soin de faire la loi aux juges qui devaient l'appliquer car ceux-ci, faute de

directives, ont étendu le divorce d'une façon absolument exagérée.

Pour que le lecteur puisse plus facilement nous suivre dans le long développment que nous allons exposer, nous avons divisé notre étude en six parties principales. Dans la première, nous traitons des différentes modalités du divorce et nous concluons au seul maintien du divorce pour causes déterminées par la loi et prouvées devant le juge ; dans la deuxième, nous indiquons dans quel sens il nous a paru utile de modifier notre Code et les sources auxquelles nous avons jugé bon de puiser ; dans le chapitre III nous montrons l'économie générale de notre système : adoption d'une formule large avec, concurremment, certaines causes spéciales de divorce ; le chapitre IV est consacré à l'examen de la formule large et le chapitre V à celui des causes déterminées.

Dans la dernière division, nous envisageons les améliorations diverses qu'il y aurait lieu d'apporter à notre institution de divorce.

LE
DIVORCE ET SES CAUSES
DANS
LA LÉGISLATION DE DEMAIN

CHAPITRE PREMIER

MODALITÉS DIVERSES DU DIVORCE

Mais cette question de l'indissolubilité du mariage résolue, il reste maintenant à examiner les diverses solutions qui ont été proposées pour organiser le divorce.

1° *Répudiation pour cause déterminée accordée au mari seul.* — Faut-il d'abord admettre la répudiation même motivée d'une façon expresse, mais accordée à l'homme seul. Ce que nous avons dit pour justifier la puissance maritale pourrait faire supposer que nous souscrivons à cette idée. Etablir un tel *repudium* serait cependant, nous n'hésitons pas à le dire, jeter le plus cruel défi aux principes de la plus élémentaire justice, se mettre en contradiction avec nos plus profondes con-

victions modernes, faire reculer de plusieurs siècles en arrière notre civilisation, ramener la tyrannie des âges primitifs à notre foyer domestique, oublier tout le respect que l'on doit à la femme. Non, la nature humaine est trop imparfaite pour que l'on puisse confier à l'homme seul un pareil pouvoir, car l'on pourrait être sûr que ce pouvoir deviendrait entre ses mains l'instrument de son intérêt ou de son plaisir. Certes, nous trouvons que l'homme a déjà trop de facilité à échapper à la responsabilité de ses actes passionnels. L'expérience a été faite, d'ailleurs, dans la Rome antique, et ne peut que nous écarter d'un tel projet.

2° *Répudiation pour cause indéterminée accordée à la femme et au mari.* — Quant à la rupture du mariage autorisée sans cause déterminée, mais avec la faculté donnée à chacun des époux d'y recourir, il nous paraît également impossible d'y songer. Elle a pourtant été consacrée déjà dans nos lois. Notre droit révolutionnaire permettait, en effet, le divorce pour simple incompatibilité d'humeur alléguée par un seul des deux époux. On avait considéré, à juste titre d'ailleurs, que le mariage engageant la personne elle-même des conjoints n'avait pas besoin, pour se briser en droit, du consentement des deux associés. Mais l'on ne s'était pas aperçu que le fait d'admettre l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce, rendait inutile toute réglementation de cette institution. Cette incompatibilité d'humeur, en effet, est impossible à vérifier, et il faut que le juge accepte les déclarations du demandeur puisque sa conviction ne peut

se faire d'une autre façon. Aussi les divorces ne tardèrent-ils pas à se multiplier d'une façon si scandaleuse que le législateur de 1803 rejeta ce mode de répudiation, comme une source de dépravation.

« On fit très judicieusement remarquer, d'ailleurs, que si l'incompatibilité d'humeur va jusqu'à rendre à l'un des époux la vie insupportable, elle ne peut arriver à ce degré, sans se manifester par des faits qui deviennent des causes de divorce » (Fenet). Ainsi donc, adopter une telle solution, c'est revenir au *liberum matrimonium* romain, à cette union sans lien d'ordre public pour dominer les volontés changeantes d'un seul des époux. Ceux qui préconisent, d'ailleurs, ce divorce ne s'en dissimulent pas les conséquences, car ils avouent avoir ainsi pour but indirect, l'établissement de l'union libre. Ils prétendent, d'ailleurs, que logiquement puisque le mariage est formé par le consentement des deux époux, il ne peut subsister en fait et en droit que par ce double consentement, et que sitôt qu'une des deux volontés vient à manquer, le mariage disparaît. Ils prétendent que les vœux perpétuels étant abolis, l'engagement des conjoints ne peut les lier qu'à l'instant même de la célébration du mariage. Nous combattons pourtant ce genre de divorce qui « peut se produire à discrétion, pour cause sérieuse ou minime ; par irritation ou indifférence, par fantaisie ou par simple désir de changement ». En raisonnant ainsi par pure abstraction, on oublie de voir les conséquences pratiques. D'ailleurs, nous sommes persuadés que cette répudiation

non motivée serait une arme qui ne serait utile qu'à l'homme seul. C'est que la femme ne sort pas du mariage dans les mêmes conditions que le mari. Certes, le préjugé d'autrefois contre la femme divorcée n'est pas complètement détruit ; on la regarde encore, dans tous les milieux, avec une certaine suspicion. Mais, indépendamment de cela, l'épouse subit presque toujours un amoindrissement. « Veuve de sa virginité, vieillie avant l'âge par la maternité, physiologiquement plus prompte à se faner que l'homme, cette union des cœurs à laquelle le caprice ou l'arbitraire pourrait mettre fin, serait pour elle la plus pitoyable, la plus désastreuse des aventures. » L'épouse hésiterait donc à recourir à ce *repudium* pour un motif futile, tandis que l'homme serait trop heureux de se débarrasser avec tant de facilité d'une femme enlaidie ou épuisée. C'est pour cela que jusqu'à notre époque, le sexe féminin a été pour ainsi dire l'ennemi né du divorce. Et c'est pourquoi nous sommes persuadé que les théories néo-féministes ne trouveront que bien peu d'écho chez les épouses ; théories qui pourtant se sont affirmées d'une façon si éclatante en 1900, au Congrès international des droits et des conditions de la femme. Et encore oublions-nous de parler de l'enfant qui, pour un rien, pourrait se voir exposé soit à la domination d'une marâtre, soit à l'abandon, soit au faible refuge auprès d'une mère si peu armée pour la vie. D'ailleurs, nous avons vu avec quel souci les Empereurs romains n'ont cessé pendant des siècles, jusqu'à Justinien, de lutter contre ce *divortium sine ulla*

causa ; par quels efforts d'ingéniosité ils ont essayé de remonter le courant, de tourner l'obstacle en s'attaquant à la forme, espérant indirectement modifier le fond en créant des pénalités très graves pour ceux qui recouraient à un pareil procédé. Il est bien d'élargir, dans une certaine mesure, notre divorce actuel, mais il ne faudrait pas, sous prétexte d'aérer notre mariage, substituer à une tour d'ivoire un hangar ouvert à tous les vents. Il importe d'assurer dans notre famille si restreinte une forte cohésion afin de favoriser le mieux possible la réalisation des fins diverses de l'union des époux.

3° *Divorce par consentement mutuel*. — Et maintenant abordons la grave question du vrai divorce étymologiquement parlant, du divorce par consentement mutuel. C'est la modalité qui est, on peut dire, à l'ordre du jour. Publicistes, romanciers, philosophes, moralistes ne cessent de le réclamer avec insistance et font valoir des raisons qui, peut-être dans un avenir prochain, s'imposeront à nos législateurs. Ici, il n'y a pas, à proprement parler, de demande en divorce, celui-ci s'opère par un accord de volontés, c'est le *divorsium communi consensu* des Romains, admis chez quelques peuples modernes. Notre Droit révolutionnaire l'avait connu, et le Code de 1804 n'avait pas cru inutile d'en conserver tout au moins le nom.

Voyons les divers arguments que l'on donne en sa faveur.

L'histoire, dit-on, nous apprend qu'il a déjà été consa-

cré dans la loi de 1792 qui l'avait admis dans toute sa pureté. L'intervention de la justice avait même été jugée inutile. On s'était contenté d'entourer ce moyen de rupture du lien conjugal de quelques précautions destinées à prévenir des abus possibles. Les principales consistaient en des délais successifs imposés aux époux et dans la comparution de ceux-ci devant une assemblée de six parents ou amis. Quant au divorce de l'art. 275 du Code Napoléon, bien qu'hérissé de formalités compliquées et limité par des fins de non recevoir multiples, il exigeait seulement le consentement unanime des époux, et il n'y avait ni cause déterminée prévue à l'avance par la loi, ni preuve d'un fait précis à administrer devant le juge.

Mais c'était au fond l'application du même principe : *Quæ consensu contrahuntur, contrario consensu pereunt.*

Il est facile de répondre que le divorce par consentement mutuel, tel que l'avait conçu la Révolution, donna lieu à de tels abus que l'opinion fut contraire à l'adoption de l'art. 275. « Le Conseil d'Etat était hostile à ce divorce par consentement mutuel, l'opinion publique n'en voulait pas et les répugnances qu'il inspirait s'étaient fait jour dans les observations des tribunaux ; presque tous avaient demandé sa suppression. » (Fenet).

Quant au divorce de l'article 275, il faut remarquer qu'il n'était dans la pensée du législateur de 1803 qu'une forme particulière du divorce pour cause déterminée, et qu'il n'avait que de très lointains rapports avec ce que

L'on veut instaurer de nos jours, c'est-à-dire avec le *divortium bona gratia* des Romains.

Notons que Napoléon avait tout fait pour rendre onéreux ce genre de rupture du mariage et, par conséquent, aussi rare que possible. Non seulement il était difficile à obtenir, mais encore il exigeait, une fois prononcé, que les époux fissent passer de plein droit à leurs enfants, en nue propriété, la moitié de leur fortune, et il mettait obstacle pendant 3 ans à un nouveau mariage.

Du reste, fait remarquable, il n'a pas été pratiqué du tout en France et en Belgique où il subsiste encore on évite d'y recourir. Il est donc en fait d'une application exceptionnelle. L'argument d'histoire en faveur de ce divorce a on le voit, bien peu de portée. D'ailleurs, si l'on veut examiner ses conséquences, il faut se reporter à l'époque révolutionnaire française ou à l'époque romaine et l'expérience qui en a été faite alors est loin de nous conseiller de nous engager dans une pareille voie. Mais, dit-on, qu'importe les données de l'histoire. Est-ce que la logique ne plaide pas en faveur du divorce par consentement mutuel. Gillet disait déjà au tribunal : « Montesquieu écrit que là où la loi établit des causes qui peuvent rompre le mariage, l'incompatibilité d'humeur réciproque est la plus forte. Comment se fait-il donc que chez nous elle en ait été à la fois la plus frivole et la plus abusive et d'où vient ce décri public qui la diffame de toutes parts. Est-ce le plus profond de nos écrivains politiques ou est-ce l'expérience qui nous a trompés ? Ni l'un, ni l'autre lé-

gislateurs ; c'est de la loi elle-même que provient toute l'erreur. » Et Gillet précisait que si la véritable incompatibilité est le plus grand des obstacles dans la Société conjugale, elle n'est véritable que si elle est mutuelle et réciproque. Ainsi considérée l'incompatibilité constatée par le consentement mutuel est la plus évidente des causes de divorce. « Le vrai, le constant motif de divorce, dit Hugues Leroux, n'est pas écrit dans la loi : c'est l'incompatibilité d'humeur réciproque. Les époux divorcent à cause des défauts de caractère qui les rendent insupportables l'un à l'autre. Considérez cette proposition comme un axiome. » « Cette incompatibilité d'humeur qui rend la pensée incommunicable, qui transforme la vie en malentendu perpétuel et le mariage en un martyre à coups d'épingle, ce désaccord qui rend amère toute intonation et odieux tout regard, qui vous fait prendre en haine le visage d'autrui, le duvet de ses mains, l'odeur de sa chair, qui est bien lorsqu'il est réciproque la preuve de l'impossibilité de la continuation de la vie commune, ce désaccord instinctif, nerveux autant que moral, les antipathies sombres et profondes qui, nées d'une foule d'impressions successives se sont lentement amassées autour du cœur dans le cours d'une union mal assortie, sont la seule négation irréfutable de l'amour but et base du mariage. L'incompatibilité d'humeur est psychologiquement l'embryon, le principe générateur de toutes les causes déterminées de divorce. Ces causes déterminées ne sont que les bourgeonnements d'une tige unique : l'incompatibilité d'hu-

meur, cette cause de toutes les causes. C'est elle qui fait naître ou donne leur importance délétère à toutes les causes déterminées que l'amour suffirait sinon à éviter du moins à excuser et à effacer. Elle provoque, aggrave ce que l'amour ferait pardonner. Le cœur a ses raisons que le droit ni la raison ne connaissent. On pardonne tant qu'on aime, a dit Laroche foucauld. Cette incompatibilité est le motif caché et presque unique des divorces. Tout lui est masqué. Qu'est-ce, en effet, qu'une injure grave ? une conséquence de l'incompatibilité d'humeur. Les sévices n'ont pas de sens, si l'on s'entend et si l'on s'aime. La femme de Sganarelle n'est pas la seule à dire qu'il lui plaît d'être battue. L'adultère se pardonne : non pas seulement l'infidélité de l'homme mais la faiblesse de la femme. Seule l'incompatibilité d'humeur est sans remède et sans pardon. Elle est autant dire l'unique acteur du divorce. C'est elle qui apparaît costumée en injure grave, en excès, en adultère. Sous ce déguisement, elle fait sa cour aux magistrats. » Et d'autres ajoutent que si l'on permettait au juge d'écouter les aveux réciproques des deux époux, dans bien des cas le mariage et la justice y gagneraient en dignité par la disparition de toutes ces petites comédies qui, organisées par les agences Tricoche, se jouent chaque jour au Palais.

D'aucuns font encore remarquer que rarement, dans la pratique, un seul époux est coupable sans que l'autre ait rien à se reprocher par parole, par pensée, par action ou

omission. Or, le consentement mutuel est seul capable d'opérer en cas de fautes mutuelles le divorce selon un mode normal rationnel et moral ; c'est la seule cause vraie et humaine de divorce. Grâce à lui, tout consisterait « en un aveu de fautes réciproques qui concilierait tous les amours propres, toutes les pitiés, dans une atmosphère de louable humilité ; il réaliserait pour chacun des époux avec une connaissance de soi-même qui pourrait aussi participer de l'abnégation, le pardon et l'oubli des offenses de la formule chrétienne. Enfin le consentement mutuel permettrait l'entente et la conciliation des époux sur tous les intérêts moraux et pécuniaires. Seuls et exceptionnels, rares évidemment, les cas de mauvaise foi évidente resteraient en dehors de ce consentement mutuel ».

Que fera-t-on d'ailleurs, disent les partisans de ce genre de divorce, dans les cas prévus par Napoléon où, suivant l'expression de M. Barthou, les causes de mésintelligence sont à la fois si graves et si délicates pour l'honneur des familles et le nom des enfants qu'il vaut mieux ne pas les livrer à la discussion et à une publicité non moins amère pour l'innocent que pour le coupable. Bien souvent, d'ailleurs, la constatation de la cause déterminée sera difficile, impossible même. « La contestation la plus outrageante, la plus vive querelle, a fait observer en 1804, la Cour de cassation, n'attend pour recommencer que le moment où les témoins se sont écartés. Réduire à des faits précis les causes du divorce, c'est donc le plus

souvent ne rien faire; c'est proposer un remède aux malheureux à condition qu'il ne pourra guérir les malheurs les plus ordinaires, les plus cruels, les plus intolérables. Personne n'ignore, par exemple, les difficultés de la preuve de l'adultère. » Donc, moyen simple et honorable d'arriver à la dissolution légale d'un mariage intimement brisé, le consentement mutuel supprime l'allégation et la preuve difficile ou déshonorante et scandaleuse d'une cause déterminée.

D'ailleurs, ces causes déterminées de divorce ne sont-elles pas à rejeter dans une bonne législation parce qu'illogiques, insuffisantes et immorales? Oui, s'écrient nos moralistes modernes « nous ne saurions trop stigmatiser l'inutilité, la maladresse, l'impudeur de la cause déterminée et mettre en lumière l'inéluctabilité du consentement mutuel s'imposant à la loi, résistant à toutes les prohibitions, éternellement embusquée derrière tout système de causes déterminées. »

Le Code impérial allemand qui, comme le Code suisse de 1907, repousse le divorce par consentement mutuel a été l'objet de sévères critiques. « Ce Code, dit M. de Rawiez, cette œuvre grandiose qui constitue le monument juridique le plus important de notre époque, n'a point osé introduire dans le droit des familles les réformes si légitimes réclamées par les voix les plus autorisées de tous les partis et par un grand courant d'opinion. Les dispositions, concernant le divorce spécialement, sont en retard de deux siècles; on en est revenu à la réglementation

étroite et rigide élaborée sous l'influence des doctrines évangéliques aux premiers temps de la Réforme. Le droit romain cependant et avec lui beaucoup d'autres législations en vigueur, en Allemagne, admettent le divorce plus ou moins facilement lorsque les deux époux sont d'accord pour le demander. C'est donc un recul, une négation des nécessités de l'heure présente. Et cela est d'autant plus remarquable que le Code allemand a fait droit souvent aux tendances individualistes des différents pays de l'Empire et a pourtant sacrifié pour le divorce par consentement mutuel les solutions appliquées par de nombreuses législations allemandes. C'est donc sciemment que ce Code a rejeté, sauf pour la folie, tous les motifs autres que ceux reposant sur une faute grave de l'un des époux envers l'autre. Ce Code prussien avait suscité à cet égard de nombreuses critiques et la prohibition du divorce par consentement mutuel avait été proposée en 1844. L'Eglise surtout avait lutté énergiquement contre l'esprit de ces dispositions du Code. Dans les diverses contrées de l'Empire d'Allemagne qui, n'ayant pas de législation de divorce personnelle vivaient, quant à la dissolution du mariage sous le régime du droit commun protestant, la jurisprudence autorisa fréquemment le divorce pour cause d'aversion invincible et réciproque. Le Tribunal d'Empire, d'accord avec la conception qui prévalait anciennement dans la pratique des consistoires évangéliques, s'est prononcé contre l'admission de cette cause trop facile et qui, ajoute le tribunal, n'a jamais été reconnue dans la doctrine ni

dans le droit commun protestant. C'est sous l'influence des principes évangéliques que le Code de 1900 a repoussé le consentement mutuel. Les légistes d'aujourd'hui se sont montrés les pieux héritiers des théologiens d'autrefois ; les idées orthodoxes et restrictives de la réforme ont dominé les principes humanitaires de la philosophie du XVIII^e siècle ».

Le Comité de Réforme du mariage n'a pas manqué d'insérer dans son projet le divorce par consentement mutuel (art. 35), de même qu'il n'a pas hésité à rétablir le divorce *bona gratia* romain. Enfin, même parmi les ennemis de l'élargissement du divorce, le consentement mutuel trouve encore de véritables défenseurs. Ainsi M. Planiol a presque admis la possibilité d'introduire cette nouvelle cause dans nos lois.

Et pourtant malgré toutes les raisons graves invoquées en sa faveur, nous rejetons le consentement mutuel d'une façon absolue. Pour nous, le mariage touche à l'ordre public et pour constater cette incompatibilité d'humeur réciproque, nous pensons que pas plus dans cette matière qu'ailleurs, les aveux des parties doivent être suffisants. Le juge ne devra encore ici s'appuyer que sur des faits précis, pertinents et concordants. Et d'abord disons tout de suite pourquoi les ennemis de l'élargissement du divorce ont eu l'air de tolérer le divorce par mutuel consentement. M. Planiol l'a clairement indiqué ; c'est parce qu'il a trouvé que la jurisprudence s'était complètement égarée et qu'elle avait montré une telle complaisance à ad-

mettre les griefs allégués par les époux et à fermer les yeux sur les comédies que les plaideurs jouent devant eux, qu'il serait plus digne pour la loi et pour la justice d'admettre franchement l'incompatibilité d'humeur réciproque parmi les causes de divorce, car alors la dissolution du mariage, étant réglementée d'une façon raisonnable, pourrait devenir moins facile qu'aujourd'hui. Certes, ce dernier argument a beaucoup de force, et nous partageons cet avis ; c'est au législateur à faire en sorte de donner satisfaction aux époux dans toutes les circonstances intéressantes qu'il est humainement possible de prévoir et une législation trop étroite serait, par conséquent, injuste ; mais toutefois, il ne devra pas oublier une réglementation nette ne laissant prise ni à l'arbitraire du juge ni au caprice des époux. Mais où nous nous écartons de M. Planiol, c'est dans la solution à adopter et dans l'admission du consentement mutuel dans nos causes de divorce.

Mais essayons de réfuter les autres raisons qu'on a invoquées pour rétablir, dans nos lois, la législation de 1792 ou du Code de 1804. On a parlé de scandale à éviter ; n'est-ce pas à tort ? Sommes-nous donc encore aux temps où la femme de César ne devait pas être soupçonnée ? où le consul Paul Emile n'avait pas à donner de raison de la répudiation de sa femme, et se contentait de dire : « Voyez mon soulier, il vous paraît bien fait ; il n'y a que moi qui sache où il me blesse ». Cette idée est un des derniers legs de notre monarchie. En matière d'ordre pu-

blic, tout ne doit-il pas se régler au grand jour, faut-il jeter absolument un voile sur les scandales ? N'est-ce pas le véritable moyen de les encourager ? D'autant plus que s'il pouvait en résulter une atteinte à la morale, nous avons un remède tout trouvé : le huis clos. Reste les cas fort rares où l'époux demandeur serait obligé, pour aboutir au divorce, d'alléguer un crime ou un délit grave. Il est à prévoir que neuf fois sur dix, ce crime ou ce délit ne serait pas le seul motif à proposer et que le divorce pourrait être obtenu sans que la délicatesse du plaideur ait à en souffrir. Ainsi donc ce ne serait que dans des circonstances exceptionnelles que ce genre de divorce trouverait son utilité spéciale. Ce qui prouve, d'ailleurs, qu'il était loin de répondre à un besoin c'est qu'une fois réglementé par le Code Napoléon il n'a jamais été pratiqué en France ; en Belgique même où il subsiste encore à l'heure actuelle, très peu d'époux y ont recouru. Or, la loi ne doit pas viser l'exception.

Nous ne voulons point du divorce par consentement mutuel parce qu'avec lui nous aurions à tourner dans un cercle vicieux : en effet, pour ne pas être nuisible ce genre de divorce a besoin d'être hérissé de nombreuses difficultés et par cela même qu'il est entouré de difficultés, il devient impraticable. Le comité de la réforme du mariage ne s'est certainement pas aperçu qu'en reproduisant en partie les restrictions de la loi de 1804, il rendait illusoire l'innovation qu'il compte apporter dans notre législation.

Nous ne voulons point de ce divorce parce qu'au fond

il est injuste. Sur les deux époux il y en aura toujours un plus coupable que l'autre assurément. Supportera-t-il dans la même proportion que l'autre cette flétrissure qui s'attache aux personnes à amours volages, ou qui considèrent le mariage avec trop de légèreté ? Comment les juges pourront-ils se convaincre si le consentement des deux époux est bien libre, exempt de toute contrainte morale ou physique ? Comment sauront-ils que ce n'est ni sous l'empire de la colère, ni sous l'empire du caprice que ces deux consentements sont donnés ?

Mais il y a encore une raison qui s'oppose à ce qu'on introduise dans nos lois soit la chose soit même le mot. Le public à esprit simpliste finirait par s'imaginer que divorce par consentement mutuel veut dire divorce à volonté. Il faut se défier des mots et de la valeur éducative d'une loi mal comprise ou mal interprétée par le juge. Or, dès que la possibilité légale de changer d'époux suivant les caprices du caractère ou des passions, aura pénétré dans les masses, l'importance et la gravité du mariage en subiront une atteinte irréparable qui aura pour conséquence de poser, dès le début de leur union les époux en véritables antagonistes, sinon en adversaires. C'est pourquoi Jules Ferry disait : « J'irai jusqu'au divorce pour causes déterminées, mais jamais jusqu'au divorce par consentement mutuel. »

Réfutons maintenant l'argument de droit et abordons ici la thèse du mariage contrat, question capitale dans notre étude.

C'est grâce à elle, en effet, que l'on est arrivé à légitimer tous les genres de divorces et particulièrement le divorce par mutuel consentement. Nous verrons ici un phénomène très curieux se produire : de même que la notion de personne dans la théorie de la personnalité morale des Sociétés a égaré bien des fois le législateur, de même la notion de contrat appliquée au mariage est venue déformer sur bien des points cette institution. Et bien que nous ne puissions donner à la discussion une grande ampleur nous ne nous dissimulons pas que toute la question du mariage et du divorce est ici en jeu.

Comment imaginer, en effet, que des restrictions puissent être apportées à la rupture du lien conjugal si vraiment le mariage n'est qu'un contrat personnel, s'il n'est qu'une sorte de louages de services ?

Cette notion de contrat a été le grand argument de ceux qui ont voulu non seulement modifier le mariage, mais le détruire en déliant de plus en plus les époux de leurs obligations traditionnelles, et c'est la base juridique sur laquelle repose l'union libre.

Nos plus grands jurisconsultes, prétend-on, n'ont-ils pas toujours reconnu au mariage le caractère d'un contrat. Il n'y a qu'à lire Pothier le modèle qu'a copié le Code civil, et tous nos juristes de la Révolution. D'ailleurs, n'appelle-t-on pas contrat tout acte juridique résultant du concours de deux ou plusieurs volontés. Pourquoi alors ne pas appliquer à ce contrat les règles des contrats ordinaires ?

Il est facile de réfuter de pareilles assertions.

Dans le droit romain, au Moyen Age et même jusqu'à notre Révolution on n'a jamais considéré le mariage comme un pacte. C'était avant tout l'union sexuelle de l'homme et de la femme, *conjunctio viri et feminæ*, disait le Digeste, et *jam sunt duo in carne una*, disait la Bible. Et cette idée même avait tellement frappé les canonistes qu'ils avaient fait de la non consommation du mariage une cause de nullité. Pour eux le double consentement n'était rien ; le mariage était dans son essence un fait pur et simple. Mais au xviii^e siècle il se produit une grande transformation politique. Le pouvoir temporel prend de la puissance, il tente de se substituer partout au pouvoir spirituel et il cherche à enlever à l'Eglise la juridiction que celle-ci s'était arrogée depuis des siècles sur le mariage. Et la lutte s'engage sur le terrain purement juridique. Les juristes laïques ne cessent de répéter que le mariage n'est qu'un contrat civil. « Par ces mots contrat civil, où le mot civil porte tout le poids de l'expression, ils veulent donner à entendre que la notion de sacrement doit désormais avoir fait son temps et que c'est aux tribunaux laïques qu'il appartient de connaître des cas de nullités de mariage et de séparation de corps. » C'est dans ce sens qu'il faut lire Pothier définissant le mariage « un contrat par lequel un homme et une femme, habiles à faire ensemble ce contrat s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie dans l'union qui doit être entre époux et épouse ».

C'est dans ce sens encore, qu'il faut lire Portalis. « Le

mariage est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée. » Comme l'a fait remarquer Laurent, le mot contrat n'est pas prononcé, mais il est dans le mot société. Malheureusement les juristes de la Révolution, dans leur ignorance de l'histoire, se trompèrent sur la signification du mot contrat ; et prenant cette expression à la lettre, ils échafaudèrent toute une théorie nouvelle. Et pourtant le Code de 1804 revint de ces erreurs ; il n'y a qu'à lire les dissertations philosophiques de ses rédacteurs, les discours et les discussions auxquels ont donné lieu l'établissement des textes législatifs pour s'apercevoir que, dans leur pensée, le mariage n'avait rien de commun avec les contrats ordinaires. « Remarquons que sa célébration exige la présence d'un officier public ; il n'y a même pas, à proprement parler, concours de volontés ; celles-ci ne se joignent que par l'intermédiaire de cet officier. » Le mariage est aux dires de tous les rédacteurs du Code une institution même de la nature, un acte naturel et nécessaire. A leur avis, dans cette matière, c'est la nature qui s'impose aux volontés, et l'art. 1388 indique nettement que dans cette société exceptionnelle, la volonté des époux sera réduite au strict minimum. Le divorce de 1804 ne s'opère d'ailleurs, en principe, que pour causes déterminées et même pour justifier le divorce par consentement mutuel jamais on a songé à faire intervenir la théorie du contrat. Et cependant cette théorie a fini peu

à peu par reparaître. Dans la doctrine, le mot contrat est communément appliqué au mariage. « Le mariage moderne est, d'après M. Planiol, un contrat que la loi fait respecter, qu'elle ne permet pas de rompre et qu'elle sanctionne, » et cet auteur dit autre part : « On doit dire que le mariage est un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré. » M. Baudry-Lacantinerie donne cette définition : « Le mariage est l'union légitime de deux personnes de sexes différents, contractée en vue de fonder une famille nouvelle et de se prêter mutuellement secours et assistance. » Le mot a fait fortune et l'idée qui s'en est dégagée a suivi un processus très logique : on a considéré le mariage comme un contrat public, puis comme un contrat civil exceptionnel, puis comme un simple contrat ordinaire. Et c'est ainsi qu'on a pu légitimer tous les genres de divorces, même la répudiation par volonté unilatérale et non motivée. Comme il y avait cependant l'objection tirée de l'art. 1134 du Code civil sur les contrats synallagmatiques, on a pensé tourner la difficulté en faisant remarquer que le mariage était un contrat personnel en ce sens qu'il engageait non seulement le patrimoine, mais la personnalité physique et morale des contractants. N'est-il pas de droit constitutionnel que, même dans nos contrats onéreux, on doive réserver à chacun des contractants la faculté de se dégager, par sa seule volonté, dès que sa personne se trouve un tant soit peu engagée. Le Code ne doit-il pas faire ici une exception dans

un acte où les époux engagent d'une façon si complète leur personnalité tout entière ?

Les partisans du divorce par consentement mutuel s'appuient, eux, sur le principe du *contrarius consensus* ; c'est de ce principe que se réclament tous les partisans de l'élargissement du divorce ; c'est la théorie qui s'est tant répandue en Italie où beaucoup combattent l'indissolubilité absolue du mariage. M. Bruniva a prononcé un chaleureux plaidoyer en sa faveur. Pour lui, le mariage est un simple contrat ; or la perpétuité du *vinculum juris* n'étant de l'essence d'aucun contrat, le mariage peut être rompu soit par le mutuel dissentiment, soit pour cause déterminée. Il en déduit donc que « lorsque la radicale impossibilité de la vie commune entre époux est judiciairement constatée au point qu'il soit nécessaire de prononcer leur séparation, il y a une inconséquence flagrante et une véritable tyrannie à maintenir d'une manière abstraite le lien conjugal uniquement pour enlever aux époux séparés la libre disposition d'eux-mêmes et de les exposer par la suite à tous les désordres du vice ». C'est aussi à la théorie du mariage contrat que M. Briand a eu recours dans la séance au Sénat du 5 février 1908 au sujet de la loi sur la conversion obligatoire de la séparation de corps en divorce. « La question qui se pose devant vous, dit-il, est une question de pure humanité, pour préciser une véritable question de droit humain. Pour la résoudre, il n'est pas nécessaire d'imaginer des principes nouveaux ; il suffit de se reporter aux principes

généraux qui dominant le Code civil. Le contrat de mariage est établi sur des bases, sur des conditions essentielles qui sont : la vie en commun, la cohabitation, la famille et une très large communauté d'intérêts. Quand la séparation a dissous les époux, quand elle a réglé le sort des enfants, quand elle a rompu les liens d'intérêts où est le contrat au point de vue du droit civil, je vous le demande ? Quand vous envisagez le contrat de mariage de ce point de vue, vous êtes obligés de reconnaître et de dire qu'il n'est pas de contrat qui ne puisse être révoqué à un moment donné, lorsque ses conditions essentielles sont devenues impossibles à remplir. »

Les partisans de cette thèse disent que leurs contradicteurs font preuve d'illogisme puisqu'ils acceptent cependant le divorce. Ce dernier argument est spécieux et nous devons nous empresser de le réfuter avant de définir le caractère véritable du mariage. On peut très bien admettre l'indissolubilité du lien conjugal sans pour cela en admettre, dans tous les cas, la perpétuité ! Pour nous le divorce ne repose sur aucune base juridique ; théoriquement, il ne devrait pas exister ; mais la pratique nous impose la nécessité de l'admettre. Contrairement à l'opinion de ceux qui y voient une institution conforme à la nature libre de l'homme et au caractère contractuel du mariage nous le considérons comme une institution dangereuse, comme un mal, mais comme un mal inévitable et que le législateur doit malgré lui prendre en considération. Et le tribun Gillet a dit à ce sujet des choses défi-

nitives. « Quand on parle de divorce, s'écriait-il, il est trop commun de confondre deux caractères de la loi qui sont essentiellement distincts ; savoir celui de la loi qui autorise et celui de la loi qui tolère ; la disposition qui établit et celle qui ne fait que limiter ce qui déjà subsiste. Dans le premier cas le but du législateur est le bien : dans le second, il s'occupe seulement de limiter la somme du mal. Là, il a pour guide la morale, c'est-à-dire ce type régulateur de ce que les mœurs ont de meilleur et de plus utile. Ici, il opère sur les mœurs telles qu'elles sont comme ces génies que quelques philosophes nous représentent luttant dans leurs créations contre une matière imparfaite et rebelle. C'est à cette dernière classe qu'appartient la loi sur le divorce ; son objet n'est pas de créer au profit des passions une liberté nouvelle mais bien plutôt de faire en sorte que la liberté naturelle, dont elles abusent, ne reste pas indépendante en ses écarts. »

Eh bien passons maintenant à l'offensive ; tout repose en somme dans cette discussion sur cette assertion que l'indissolubilité ne saurait être de l'essence des contrats, que ceux-ci peuvent être résiliés soit d'un commun accord soit pour une cause déterminée, soit, même sans cause et sauf dommages intérêts, si la personne elle-même se trouve engagée ? Mais est-ce donc vrai que tous les contrats soient à terme ; n'en connaissons-nous pas un, tout au moins, qui ait le caractère de perpétuité ? L'adoption peut-elle se résoudre du fait de la volonté des parties ?

Or, le mariage n'a-t-il pas plus d'effets encore sur l'état des personnes que l'adoption ?

Pourquoi d'ailleurs insister sur cette théorie du mariage contrat qui a déjà été si souvent réfutée ?

Depuis longtemps, il a été démontré d'une façon péremptoire, que cet acte juridique dont l'objet est si particulier doit se placer nettement en dehors des contrats ordinaires dont il lui est impossible d'accepter les règles tant pour sa formation, et ses conditions de validité que pour ses effets et ses moyens de résolution.

Mais n'en déplaît aux théoriciens modernes : même seraient-ils parvenus à démontrer que le mariage est un contrat, la question du divorce resterait entière. « Dans un contrat il n'y a pas que les seules volontés des parties contractantes ; il y a aussi toujours et nécessairement une part de réglementation légale. Le législateur intervient toujours plus ou moins pour fixer les effets juridiques du contrat aussi bien que pour déterminer ses causes de dissolution. Donc même si le mariage n'est qu'un contrat, la question des causes du divorce n'aura pas avancé. La loi peut toujours, pour un contrat particulier, le rendre stable dans l'intérêt social. Or, il y a ici, sans aucun doute, un contrat de société spécial. Cette société présente ici le caractère particulier et original d'être moral et universel, et à durée illimitée. »

Quel est donc le caractère véritable de cet acte juridique ? De ce que nous avons considéré le mariage comme un fait naturel, comme l'union sexuelle de l'homme et de

la femme, allons-nous nous rallier à la thèse des canonistes en disant que c'est un contrat de droit naturel. Nous ne pouvons guère nous contenter d'une définition aussi obscure et aussi incompréhensible. Les mots droit et naturel ne jurent-ils pas d'ailleurs entre eux ? Ce n'est pas le contrat qui fait le droit ; il suppose, au contraire, « l'existence antérieure du droit qui en est la matière ». De plus, si les lois du mariage sont imposées aux époux par une force supérieure, à quoi sert ici l'accord de leurs volontés ; le contrat est une fiction sans utilité. Enfin, il serait difficile de définir ce que l'on entend par droit naturel, ce droit immuable en lui-même, et indépendant, comme s'il était possible pour la Société de laisser coexister à côté de la loi positive, une législation aussi susceptible de varier avec les philosophes et la civilisation !

Faut-il considérer le mariage comme un contrat privé, mais où l'autorité publique interviendrait uniquement pour représenter les enfants à naître. D'après certains juristes, M. de Bonald entre autres, « le mariage est une société éventuelle composée du père, de la mère, et de l'enfant. C'est un contrat entre trois personnes : deux présentes : une absente et représentée par le pouvoir public, garant des engagements que prennent les époux de former une société. Car l'autorité publique représente toujours dans la famille la personne absente, l'enfant avant sa naissance, le père après sa mort ». Et ils concluent à l'impossibilité du divorce « puisque ce contrat formé par trois personnes ne peut être rompu par deux au

préjudice de la troisième, la plus faible de la Société ». Certes, nous considérons qu'il faut tenir grand compte de l'enfant dans l'union conjugale, mais nous ne pouvons souscrire à l'absolu, et dire avec Taillade que l'enfant a tous les droits dans le mariage et que les parents n'ont que des devoirs. Que la loi ait dérogé bien des fois au droit commun en faveur des enfants comme, par exemple, dans le régime si original des dispositions faites en faveur du mariage, nous ne pouvons qu'applaudir. Mais nous devons cependant ne pas oublier que ce serait souvent une injustice de sacrifier les parents aux enfants. D'ailleurs, même en droit, cette théorie est-elle admissible? Cette sorte de stipulation pour autrui, faite par l'officier public, ne répondrait pas aux exigences de l'art. 1121, puisque la Société ne stipulerait rien pour elle-même. De plus, l'enfant n'existant pas encore au moment du contrat, comment serait-il possible qu'un droit se fixât sur sa tête? Le système de la représentation dans les actes juridiques permet bien à une personne de figurer dans le contrat comme représentant d'un enfant simplement conçu. Mais la question d'autoriser les contrats au profit de personnes futures est encore très controversée et la jurisprudence présente à cet égard des contradictions manifestes. D'ailleurs, même, en admettant la validité d'un tel acte, il y aurait encore l'objection que cette stipulation est toujours facultative, et que les parties peuvent en régler les dispositions à leur gré. Or, est-il possible de permettre aux parties de se dispenser des devoirs qu'impose le mariage?

Force est donc de convenir que le mariage est véritablement un acte bilatéral de droit public, car cette conception seule est capable de satisfaire l'esprit, en expliquant toutes les singularités juridiques que les nécessités de la pratique ont fait surgir. Le consentement des époux n'est là que pour fixer le choix des personnes ; c'est au législateur seul à déterminer les effets du mariage en durée et en étendue, et surtout à les sanctionner.

C'est en vain que l'on objecterait « que le mariage étant antérieur à l'Etat dans l'ordre rationnel et historique, le droit d'intervention de ce dernier ne reposerait sur aucun titre ». L'Etat cependant en consacrant et en réglementant cette institution, ne fait qu'user de son droit le plus légitime et le plus intangible : celui de veiller à son propre développement et à sa propre conservation. La famille a une importance sociale, si grande, si capitale, que le fait de se désintéresser de son organisation, serait pour le législateur la plus lourde des fautes, la plus impardonnable des folies. Le mariage a été et sera de tout temps la pierre angulaire de la famille et de la société : ces deux choses qui forment cependant un tout indivisible. Et Paul Bourget a commis une étrange erreur quand il a dit : « Le mariage civil n'est qu'un système bâtarde, une sorte d'enregistrement qui flaire la méfiance et il n'y a en la matière place que pour deux systèmes : l'union surnaturellement consacrée par la religion ou l'union entièrement libre sous l'égide de l'honneur de chacun. »

« Le droit de l'Etat repose ici sur l'importance sociale de la famille ; la Société doit intervenir non seulement pour protéger les contractants, comme dans le droit commun, mais parce que les suites du contrat réagissant sur elle, elle y est en quelque sorte partie. » C'est que la famille, a dit M. Cheysson, est la véritable molécule d'un pays. Le peuple n'est pas formé d'individus mais de familles. De la solidité de la famille ou de ses défaillances dépendent la prospérité ou la décadence publique. La famille est comme l'observatoire où l'on doit se placer pour apprécier les faits et les institutions. Toute mesure qui la fortifie est bonne ; est mauvaise, au contraire, toute mesure qui l'ébranle et la désagrège.

L'usage de tous les gouvernements, de tous les peuples et de toutes les nations atteste que c'est à la Société à régler le mariage. Ce droit est même pour l'Etat d'une nécessité absolue et indispensable. Le Gouvernement ne peut abandonner aux passions et à la licence les conditions d'un contrat le plus nécessaire de tous les contrats, la base et le fondement du genre humain (Articles organiques de la Convention entre la France et le Saint-Siège).

Le mariage doit être une union solennelle, perpétuelle, forte de toute la puissance de la loi civile. « L'Etat non seulement doit présider à sa célébration, mais y parler à la raison des époux, conjurer leur conscience et leur faire entendre la voix sévère du devoir. » Et nous ne voulons plus renouveler l'expérience tentée par le décret du 16 octobre 1793 qui faisait du mariage un contrat privé où les

conditions de validité étaient réduites au minimum, contrat privé qui était une source de la famille mais non la plus importante. Mais il ne faut pas s'exagérer le rôle de l'Etat dans la réglementation du mariage. — A l'Etat néanmoins, de ne pas, par despotisme, transgresser certaines lois naturelles qui ont régi de tout temps cette institution et dont une pratique millénaire a fait reconnaître l'existence et l'utilité. A lui de ne pas s'égarer, par suite de considérations philosophiques trop téméraires ou de l'intérêt mal compris des citoyens dans des nouveautés qui pourraient compromettre le bonheur et la dignité des époux. Certes, Platon se trompait quand envisageant uniquement la multiplication des espèces, il en arrivait à prescrire dans sa République la promiscuité des sexes, la communauté des femmes entre guerriers, l'éducation des enfants en commun et le meurtre des enfants maladifs ou mal venus. Ils se trompent également aujourd'hui ceux qui veulent rétablir dans nos mœurs l'union libre ou le matriarchat, que l'expérience et les lois de l'évolution condamnent à jamais. Le législateur doit avoir toujours devant les yeux ce plan si net et si solide que la tradition nous a laissé, et qui répond si bien à nos aspirations les plus intimes et à nos besoins les plus indispensables. Mais si la volonté publique ne saurait, sans danger pour la Société et les individus apporter de sérieuses modifications à ce type naturel, et quasi immuable, elle reprend toute sa liberté quand il s'agit d'en sanctionner les obligations. C'est à l'Etat seul qu'il appartient, à notre

époque, d'intervenir pour protéger les parties, assurer l'avenir de la race et maintenir les mœurs à ce niveau élevé qui lui permettra d'assurer, dans l'ordre, la réalisation du progrès.

D'ailleurs, en dehors de toute considération de droit, serait-il de bonne politique, de ne pas revêtir le mariage d'une sorte d'estampille officielle, surtout chez un peuple comme le nôtre, qui a toujours professé, pour cet être abstrait qu'on nomme l'Etat, une vénération presque fétichiste.

Ainsi se dégage de cette longue discussion sur le mariage contrat, cette vérité irréfutable que le divorce par consentement mutuel ne peut pas prendre appui sur une raison d'ordre scientifique ; c'était en faveur de son adoption la seule considération qui fût vraiment sérieuse et digne d'attirer toute notre attention. De tous les genres de divorce qui ont été proposés il ne nous reste donc plus à examiner que le dernier : c'est-à-dire le divorce motivé par des faits précis, déterminés à l'avance par la loi, et vérifiés par le juge.

5° *Divorce pour causes déterminées par la loi et prouvées devant le magistrat.* — Mais si nous passons en revue les législations anciennes ou modernes, nous nous apercevons qu'au sujet de cette modalité de dissolution du mariage, il s'est produit dans l'esprit des législateurs de grandes divergences d'opinion. Les divers Codes se sont rencontrés très inégaux dans le nombre et la nature des causes à admettre. Certains n'acceptent que les fautes

graves commises par l'un des époux envers l'autre. C'est le système de notre Code civil de 1804, de notre loi de 1884 qui s'est d'ailleurs peu écartée des dispositions primitives du Code. C'est aussi le système du Code néerlandais et du Code impérial allemand de 1900. Les autres législations, le nouveau Code suisse, notamment, bien qu'il y ait controverse à ce sujet, sont de beaucoup plus larges et admettent le divorce même pour des faits qui n'ont pas le caractère de manquement à une obligation matrimoniale tels que l'émigration, la folie, les maladies graves quelconques. C'est le système de la loi française de 1792, du projet de la nouvelle loi portugaise sur le mariage, et de diverses propositions de lois modernes entre autres celles des frères Marguerite et du Comité de réforme du mariage. Cette conception du divorce qui est largement extensive s'inspire de l'idée de nécessité qui est à la base du divorce ; de la notion de régénération sociale et individuelle qui fait sa légitimité. Pour elle, en dehors de tout concept de moralité, l'impossibilité de la continuation de la vie conjugale quelle qu'en soit la cause, justifiera l'introduction du divorce. Elle trouve que même les faits qui ne sont pas imputables à faute à l'un des conjoints ne doivent pas être imposés à l'autre comme des risques inséparables de l'existence humaine. » Elle considère comme beaucoup trop étroit l'esprit du projet de l'an VIII où les causes du divorce sont définies : les crimes ou les délits de l'un des époux contre l'autre. Choisir entre ces deux systèmes ne doit pas être

une question de sentiment ; il faut examiner de près quelles peuvent être dans notre Société actuelle, les conséquences de l'un et de l'autre et voir lequel des deux est le plus conforme à l'utilité générale.

Est-il besoin de faire à notre loi de 1884 de simples retouches, ou bien devra-t-on résolument en détruire toute l'ordonnance et édifier une institution complètement nouvelle. Faut-il admettre ou bien rejeter le principe de l'imputabilité de la faute qu'a adopté, après un long et sérieux examen, le Code impérial allemand. La doctrine tend à se préciser à ce sujet. M. Tissier déclare que c'est une question grave et complexe, mais qu'à son avis la faute, dans certains cas, ne doit pas être une condition nécessaire.

« Je ne crois pas, a-t-il écrit, qu'on doive refuser d'admettre comme causes de divorce, par cela seul qu'elles ne dérivent pas d'une faute, certaines circonstances qui pourtant rendent évidemment impossible la vie conjugale.

Il n'y a pas de fin de non recevoir générale et absolue à opposer aux projets de réforme qui se placent à ce point de vue. Le divorce, dit-il, n'est pas la sanction d'une faute ; ce n'est pas une peine, c'est un remède exceptionnel sans doute, mais qu'il faut appliquer à tous les cas où l'intérêt social veut la dissolution, où humainement on ne peut imposer la continuation du mariage, et cela peut se produire en dehors de toute faute. » M. Saleilles fait également une distinction et met à

part deux cas bien déterminés : l'absence et la folie.

D'après lui, les causes de divorce peuvent se diviser en deux grandes classes ; « les unes les plus intéressantes au point de vue social, ont, si l'on peut dire, une influence immédiate sur la conception même du mariage en ce sens qu'elles tendent par elles-mêmes à détruire, à modifier, les conceptions traditionnelles que nous nous faisons du mariage. Non seulement elles modifient ces conceptions en tant que conceptions théoriques et sociales, mais en fait et en pratique, elles influent sur la formation du mariage lui-même et sur la conception que les époux eux-mêmes s'en font soit au moment où ils se marient soit au cours de leur union. Au contraire, il en est d'autres comme l'absence qui sont accidentelles, qu'on ne peut prévoir et qui sont un remède très légitime et très acceptable. Elles n'ont pas d'influence néfaste sur la formation du mariage, sur l'état des esprits, sur la bonne union et la bonne harmonie des époux pendant le mariage : Il y a véritablement de ces accidents que personne, en se mariant, ne prévoit et que personne ne prend en considération. Et il conclut : les premières exigent des restrictions formelles, une interprétation judiciaire très restrictive. Sur les autres points, au contraire, on peut se montrer très libéral car c'est la famille que l'on veut sauver avant tout. »

Quant à notre jurisprudence, elle a considérablement varié au sujet de la nécessité de la faute dans les causes de Divorce ; elle est même arrivée à se mettre en contra-

diction avec la loi de 1884. De nombreux arrêts ou jugements confirment d'une façon très nette, le principe de l'imputabilité de la faute dans les causes de rupture du lien conjugal.

Les excès, sévices ou injures graves doivent, pour motiver une demande en divorce, être intentionnels, et émaner d'une personne moralement responsable de ses actes, dit un arrêt de cassation (Req., 3 août 1890. D. P. 91, 1, 365). « Le divorce ne saurait être prononcé à l'encontre du conjoint même coupable de faits graves si ce conjoint n'a agi dans les actes qui lui sont reprochés, que sous l'empire d'une impulsion morbide à laquelle il n'a pu résister, déclare un arrêt de Bordeaux (Bordeaux, 27 janvier 1897. D. P. 98, 2, 199). « L'état de maladie de l'un des époux ne constitue pas une cause légitime de rupture du lien conjugal, d'après un arrêt de Dijon du 20 novembre 1903 (D. P. 96, 2, 401). Dans le même sens, un jugement du 14 mars 1863, rendu par le tribunal de Lure ainsi motivé : « bien que le défendeur soit matériellement l'auteur des sévices, il n'a apporté dans leur accomplissement qu'une volonté d'homme en démence, volonté quasi animale qui d'après la loi pénale, comme d'après les plus simples lumières de la raison est nécessairement exclusive de toute culpabilité ; que la séparation de corps est, par elle-même et par les conséquences qu'elle entraîne, une véritable peine, ce qui suppose une faute imputable à l'époux contre lequel elle a été prononcée. » Enfin un arrêt de la Cour de Paris du

18 avril 1888 (D. P. 90, 5, 16) déclare que le divorce peut être prononcé contre le mari qui pour échapper aux suites d'une condamnation correctionnelle, s'est réfugié à l'étranger lorsque, *malgré la prescription de la peine*, il persiste à y demeurer sans donner de ses nouvelles. » Appliquant même cette idée avec logique, la Cour de Montpellier dans un arrêt du 10 novembre 1897 (D. 99, 2, 15. S. 1901, 2) 137 a décidé que les causes de divorce pouvaient donner lieu à une indemnité en argent accordée à l'époux innocent en vertu du principe général de l'art. 1382. Dans le même sens, un arrêt de la Cour de Toulouse du 12 mai 1903 (S. 1903, 2. 240).

Néanmoins, il est d'autres décisions judiciaires qui ne semblent tenir aucun compte de la nécessité de la faute dans les causes de divorce.

Nous verrons plus loin le jugement du tribunal de Château-Thierry, consacrant d'une façon officielle, en dépit de la loi et des travaux législatifs de 1884, le consentement mutuel, comme motif de rupture du lien conjugal. Nous avons un arrêt de Paris du 13 juillet 1898 (D. P. 1, 358) plus surprenant encore qui voit une cause de divorce dans l'exercice normal d'un droit. Dans l'espèce en question, une femme plaidait contre son mari, qui avait refusé de faire baptiser ses enfants. La Cour confirma purement et simplement le jugement du tribunal de la Seine, qui avait donné satisfaction à l'épouse, déclarant nettement dans les motifs de son arrêt que « quelles que soient les circonstances dans lesquelles s'est accompli le ma-

riage des époux, et alors qu'aucune convention n'était intervenue entre eux au sujet de l'éducation religieuse des enfants, la mère catholique était fondée à réclamer, pour eux, le baptême. »

Citons encore l'arrêt de Nancy du 30 janvier 1886 (S. 86, 2, 181) qui accorda le divorce à une épouse alors même qu'aucun préjudice n'avait été porté à celle-ci, et l'arrêt de Montpellier du 1^{er} février 1886 tendant à admettre la folie parmi les causes de divorce.

Si encore le juge, tout en faisant abstraction de la notion de faute, s'était toujours posé la question de savoir si la continuation de la vie commune était véritablement impossible ! mais il est arrivé à l'extrême limite de l'indulgence et, en feuilletant les répertoires des jugements et des arrêts, on est frappé non seulement de la variété mais de la futilité des griefs que les plaideurs invoquent à l'appui de leur demande en divorce et que les juges acceptent en faisant droit à ces demandes.

On a beaucoup combattu de nos jours, la nécessité de la faute dans les causes de divorce. Le mariage, a-t-on dit, est l'union des âmes, donc le législateur ne doit pas hésiter à admettre le divorce dès que cette union n'existe plus ; qu'importe la cause, qu'importe les conditions dans lesquelles elle a surgi, le résultat seul est à considérer. De même prétendent certains de ceux qui voient dans le divorce un remède à des cas morbides, quelle raison valable y aurait-il à ne pas appliquer sans restriction ce remède à toutes les maladies quelle que soit la cause qui les

a produites ! La loi, ajoutent-ils, doit moraliser plutôt que contraindre. Son arbitraire dans la limitation des causes de divorce n'aboutit qu'à l'illégalité et à l'injustice.

La loi peut prohiber le divorce si elle en redoute les conséquences abusives et néfastes, « mais si elle l'admet, elle ne peut en trouver l'organe régulateur que dans l'éducation morale des époux, sinon toutes ses prohibitions sont arbitraires en droit et vouées à l'impuissance en fait. N'est-il pas illogique, d'ailleurs, de considérer le divorce comme une pénalité ? Ne vaudrait-il pas mieux pour punir le coupable l'emmurer à tout jamais dans ce mariage qui lui est devenu si lourd, comme dans une prison. Enfin une pareille théorie entraîne celle de la compensation des torts au cas de faute réciproque. Laurent a écrit : « S'il y a de part et d'autre violation du contrat, en inférera-t-on qu'il n'y a pas de violation et qu'il faut maintenir un mariage où chacun des époux souille le lit conjugal ? La conscience se révolte à l'idée que le mariage devienne indissoluble par la raison que les deux époux comblent la mesure du scandale. Deux négations des devoirs du mariage ne sauraient valoir l'affirmation de sa bonne harmonie. »

Enfin, conclut-on, n'est-ce pas une bien étrange manière de faire respecter le mariage que d'imposer comme une consigne une union qui est rompue en fait d'une façon irrémédiable ?

Toutes ces raisons, bien que très fortes, n'ont pu cependant nous décider à rejeter le principe de la faute dans les causes de divorce. Pour nous la rupture du lien conjugal

ne doit s'opérer d'une façon générale qu'en cas de manquement aux devoirs matrimoniaux. Mais bien plus, conformément à notre tradition française, nous exigeons qu'il y ait responsabilité morale de la part de l'auteur de ce manquement, nous n'admettons pas l'opinion des auteurs qui, à l'idée d'imputabilité morale, voudraient substituer le simple rapport de causalité comme base de la responsabilité. Il s'agit, en effet, ici non d'une responsabilité pécuniaire, mais d'une sorte de responsabilité pénale qui doit supposer la raison et la liberté ; l'homme qui mérite d'être flétri est celui qui a su ce qu'il faisait.

L'époux qui, par sa faute, a obligé la Société à briser son mariage, a non seulement causé un préjudice considérable à son conjoint, mais a encore porté à la Société une véritable atteinte ; il a mal rempli une de ses fonctions de citoyen ; c'est un véritable délit qu'il a commis. D'ailleurs, pour nous qui considérons le mariage comme un bienfait, qu'y a-t-il d'illogique à exiger une faute de celui qui va en être privé ? Pourquoi nous objecter qu'adopter cette théorie c'est adopter forcément le principe de la compensation des torts ? qui empêche d'additionner ces torts au lieu de les soustraire ? Le divorce ne peut-il donc pas se prononcer à la fois contre les deux époux ? Mais le mariage, dit-on, va devenir une cage de fer où les deux époux seront rivés l'un à l'autre par des chaînes impossibles à briser ? Nous répondrons que tout ici est affaire de mesure, de réglementation ; que c'est au législateur à examiner les cas, où humainement il sera contraint d'envi-

sager des exceptions à son principe de l'indissolubilité du mariage. Quant à nier la puissance de la loi sur les mœurs, c'est vouloir méconnaître l'histoire de toutes les institutions en général, et de celle du divorce en particulier. Bien loin de porter atteinte à la dignité du mariage, nous en affirmons la noblesse aux époux en leur disant que c'est dans le malheur qu'ils doivent se sentir le plus unis. Enfin la justification capitale de notre théorie n'est-elle pas dans son but restrictif qui est l'affermissement du mariage ? « L'Etat, ont dit les préparateurs du Code impérial allemand, a un intérêt puissant à favoriser davantage parmi la population l'idée que le mariage est une chose sérieuse, une institution morale qui ne saurait dépendre de la volonté capricieuse des époux », et, ajoutons-nous, de l'adversité. En effet, en plaçant au frontispice de notre loi ce principe de la faute, nous éliminons d'un seul coup, toutes les causes qui reposent sur un malheur accidentel arrivé fortuitement à l'un des conjoints, et nous rejetons comme base prépondérante de motif de divorce la volonté des deux époux ou la volonté d'un seul, puisqu'il est indispensable d'alléguer un fait précis. Nous maintenons également la jurisprudence dans une rigoureuse réglementation. De la notion de l'imputabilité de l'agent découle pour le juge la nécessité de rechercher si l'acte provient ou non de l'agent lui-même, car il serait inique de faire supporter à l'un des conjoints la faute d'un tiers. Nous devons pourtant faire remarquer que cette idée si simple de la personnalité de la peine a été perdue de vue

par certains tribunaux, qui ont prononcé le divorce parce que, par exemple, un beau-père avait injurié sa brue. Il faut encore, avons-nous dit, une volonté intelligente et libre ; là où la volonté n'existe pas ou a été viciée ou contrainte, il ne peut y avoir faute et, par conséquent, rupture du lien conjugal. Comme nous ne sommes ni dans le cas de l'art 1382, ni dans celui de la loi Aquilia, il faut que la faute soit grave. Ici encore, la jurisprudence est parfois sortie des voies légales ; elle s'est contentée d'une telle légèreté dans l'appréciation de la faute qu'elle a fini par ne plus considérer que le préjudice résultant de cette faute. C'est surtout contre cette interprétation extensive de nos tribunaux que nous nous élevons et que nous voulons réagir. De plus, l'acte préjudiciable ne doit pas viser un tiers mais nécessairement l'autre conjoint. Ainsi des mauvais traitements infligés à un enfant commun ne sauraient, comme on l'a vu, faire prononcer le divorce. Il est certain également qu'il n'y aura pas motif à divorce au cas où l'agent du fait illicite n'a pas dépassé l'exercice normal de son droit. Ainsi le fait pour un mari de refuser de l'argent à une femme trop dépensière, de fermer sa porte à des amis compromettants, de prendre en mains la direction religieuse des enfants ne peut, suivant nous, constituer des motifs à invoquer dans une instance en divorce. C'est pourtant encore là une des nombreuses déviations de notre jurisprudence. Grâce au principe de la faute nettement exprimé dans notre projet, le juge, profondément pénétré des éléments constitutifs des causes dans le di-

vorcée ne pourra plus perdre de vue la voie tracée par la loi pour s'égarer dans des chemins de traverse.

Rigoureux partisan du maintien du mariage, nous voulons par un texte précis opposer une barrière à l'arbitraire de son interprétation jusqu'ici seulement limitée par une notion assez obscure d'intérêt social ou d'intérêt familial. Nous voulons rétrécir le divorce en ne laissant plus libre cours à l'indépendance de nos tribunaux, finissant par amener l'indépendance et l'arbitraire des époux. Nous voulons rappeler à ceux-ci que, contrairement aux théories individualistes actuelles, ils doivent s'attendre à trouver dans le mariage non pas seulement des droits, mais surtout des devoirs, et d'impérieux devoirs.

Car, ainsi que le dit M. Tissier : « En réalité, dans cette revendication tumultueuse des droits de l'individu, on oublie les devoirs et les obligations que crée pour lui le lien du mariage. Avec cette seule idée de liberté de l'individu pour guide, on est conduit à repousser toute loi, toute discipline ; on aboutit à la répudiation sans frein, sans obstacle, à une espèce d'union libre qui ne diffère de l'autre que par son inscription sur l'état civil. » Aussi, c'est pourquoi nous pensons que l'idée de faute ne doit pas intervenir d'une façon accessoire dans le divorce, mais bien d'une façon principale. « La notion de faute ne doit pas être liée seulement aux idées de pénalité ; la preuve d'un grief déterminé doit être indispensable pour obtenir le divorce. Cette preuve d'une cause déterminée ne doit pas rester seulement l'un des éléments

d'une loi sur le divorce, mais presque l'unique base de la législation. »

Ce principe de l'imputabilité de la faute déjà entrevu par Stahl, développé par de Savigny est la base du divorce du Code impérial allemand. « Ainsi, dit l'exposé des motifs de ce Code, le divorce ne saurait plus être à la merci de l'arbitraire des époux ni la conséquence du malheur arrivé sans sa faute à l'un d'eux. » Les juristes allemands ont ainsi adopté, malgré une tradition contraire et après de nombreuses discussions, la conception que s'était faite du divorce le législateur de l'an VIII. Le Conseil d'Etat avait fait nettement ressortir l'idée directrice qui l'avait guidé dans ses travaux lorsqu'il motivait ainsi l'adoption de la condamnation à une peine afflictive et infamante comme cause de divorce : « On stipule ici pour l'époux honnête et délicat contre l'époux coupable et flétri ». Et que l'on ne vienne pas objecter que le divorce n'est pas une peine. N'entraîne-t-il pas, pour l'époux contre lequel il est prononcé, certaines déchéances civiles et une sorte de déconsidération dans l'opinion publique, quelquefois injustifiée, mais qui n'en existe pas moins.

Peu nous importe l'objection tirée des facilités pour les époux d'inventer toutes sortes de machinations pour faire croire à l'existence d'une cause imaginaire de divorce. Est-ce que les juges en sont dupes au fond. Tous les jours arrêts ou jugements dénoncent de pareils artifices. Il suffit de lire un des récents jugements de la quatrième chambre civile présidée par M. Katz pour être édifié sur

ce point. Une femme qui avait un grief sérieux à alléguer contre son mari, au lieu de se contenter de cette raison avait cru devoir faire appel au concours d'une de ces agences Tricoche, dont la spécialité consiste à organiser des motifs de divorce. Le tribunal prenant en considération que la dame X. avait eu recours aux conseils d'une agence qui l'avait mal renseignée et mal dirigée, n'hésita pas à flétrir de tels procédés et à prononcer le divorce aux torts et griefs des deux époux. Ce qu'il y a à craindre, ce n'est donc pas tant le manque de perspicacité du juge que sa faiblesse. Car, la plupart du temps, les juges sont les complices de toutes ces comédies qui se jouent devant eux.

Ce n'est pas ici la législation qu'il importe de réformer, mais la mentalité de ceux qui appliquent la loi. Il est de toute nécessité de faire cesser de pareils abus qui ne peuvent que compromettre la dignité de ceux qui les commettent, et jeter le ridicule sur le mariage. Il sera facile de pallier au mal en imposant au juge, par un texte formel, de n'admettre que des faits dont l'existence lui paraîtra évidente. Il faudra également songer à tout un système de réorganisation judiciaire réalisant la spécialisation du magistrat, et un contact tout intime entre le juge et le justiciable.

Pour nous, les causes du divorce seront déterminées, précisées formellement par la loi, et le divorce ne pourra être obtenu par l'un des époux qu'à charge d'articuler contre son conjoint une de ces infractions spécialement

prévues et de faire la preuve de son existence. Inutile de dire que nous nous écartons ici du Code suisse moderne ; car, bien qu'il y ait eu controverse sur ce point, il est hors de doute que ce Code n'admet pas la théorie de la faute.

Peut-on voir la notion de faute dans cet article 142, « si vague, qui ne fait aucune distinction et se borne à l'exigence de la constatation brutale d'un fait. » Il est vrai de dire que l'alinéa 2 implique la notion de faute, mais comme cet alinéa vise un cas spécial, il ne peut avoir d'influence sur la formule très générale de l'alinéa 1^{er}. D'ailleurs, une double raison nous permet de démontrer l'exactitude de nos dires. L'art. 142 vient immédiatement après un article qui n'envisage que des cas fortuits. De plus, M. Hüber qui a eu une influence si considérable dans l'élaboration de ce Code, nous rapporte qu'il avait voulu, dans le principe, faire rentrer la folie dans l'art. 142, mais que la Commission, pour des raisons particulières, a tenu à en faire une cause déterminée du divorce.

C'est dire que l'art. 142 répugne à l'idée de faute.

Le principe de la faute une fois admis, il nous reste encore à examiner si nous devons faire de l'intention un des éléments fondamentaux de la cause de divorce. A ce sujet, la jurisprudence française a été loin d'être ferme. Voyons donc si étant donné un acte, accompli sans droit, moralement ou matériellement préjudiciable, et émanant d'une personne consciente, le juge a à rechercher si le

coupable a agi d'une façon principale ou accessoire dans le but de nuire à son associé.

La question est d'une importance capitale, car exiger l'élément intentionnel dans la faute, c'est comme le fait remarquer M. Hittier, retrancher beaucoup dans la longue liste des causes de divorce établie par notre jurisprudence. C'est rejeter en bloc tous les faits extra-conjugaux se produisant dans la vie professionnelle ou strictement personnelle de l'époux défendeur. Ainsi on ne pourrait voir des motifs de rupture du mariage dans les faits d'ivrognerie, en admettant bien entendu que ni des excès ni des injures ne viennent par contre-coup porter le désordre dans le ménage. Et cependant à la réflexion, il nous a été impossible de nous résoudre à exiger cet élément intentionnel. Nous n'avons pu oublier qu'ici encore, à cause de l'étroitesse de la loi, la jurisprudence a été amenée pour de graves raisons d'équité à sortir du cadre qui lui était imposé ; qu'elle avait été poussée à tel point à faire prévaloir dans les cas visés par l'art. 231, l'élément matériel sur l'élément intentionnel qu'elle avait fini par réduire ce dernier à zéro.

Or, ces raisons d'équité subsistent toujours, il serait inique et peut être très maladroit de vouloir par un désir de restriction à outrance, rejeter toute une série d'hypothèses où par la faute d'un des époux la vie est devenue intolérable à l'autre conjoint. Qu'importe à ce dernier que l'atteinte à lui faite soit directe ou indirecte ! Et puis cette restriction aurait-elle toute l'importance qu'on lui

prête ? « S'il est vrai que la plupart du temps il n'y a que dans les faits conjugaux que l'on puisse trouver implicitement ou explicitement l'élément intentionnel, il peut néanmoins se présenter des hypothèses où en dehors des rapports de la vie conjugale l'un des époux a pu commettre un acte illicite dans le but d'en faire supporter les conséquences à son conjoint. On doit convenir que ces faits sont assez rares, mais enfin ils peuvent exister ; que ne feraient certains esprits malicieux, pour jeter la déconsidération sur leur conjoint ! » (Hitier).

CHAPITRE II

MODIFICATIONS A APPORTER A NOTRE LOI DE DIVORCE

1° Défectuosités du Code. — Maintenant que nous nous sommes fait une idée nette de ce que doit être le mariage et le divorce dans notre législation de demain, nous sommes à même de discuter les modifications à apporter à notre Code actuel pour le mettre en concordance avec ces deux conceptions. Mais on comprend qu'avant de vouloir réformer ce qui existe, il est bon d'en faire une analyse minutieuse pour en saisir les défectuosités. N'est-ce pas le seul moyen d'ailleurs de profiter des fautes du passé et d'éviter de tomber dans les mêmes erreurs ?

La loi de 1884 a adopté, à peu de chose près, la solution et l'esprit de la loi de 1804 ; le divorce par consentement mutuel seul a été rayé de notre Code. L'expérience ne tarda pas à démontrer que cette législation trop étroite ne répondait plus aux réalités de la pratique.

C'est alors que la jurisprudence fut amenée, par la force des choses, à sortir de la lettre de la loi et à donner

aux mots une signification à laquelle les législateurs n'avaient jamais songé. Puis peu à peu, elle s'enhardit et enfin elle est arrivée d'empiètement en empiètement à dénaturer d'une façon complète le texte de 1884.

Mise en présence dès les premiers jours de l'application de la loi, de certaines difficultés qu'il était impossible de résoudre dans un sens équitable et humanitaire sans s'écarter tout au moins de la lettre de la règle positive, ce fut d'abord dans les mots excès et sévice qu'elle chercha un échappatoire. Mais elle ne tarda pas à s'apercevoir que le champ de son interprétation serait fatalement limité. Ne se heurtait-elle, pas en effet, à de solides définitions désormais reçues par la doctrine et que Rollin et Beudant avaient élaborées.

C'est alors qu'elle songea au mot injure, car ce mot, par sa signification usuelle et par son étymologie, se prête à une interprétation indéfinie. Elle ne tarda pas à voir dans l'art. 231 non seulement les faits conjugaux impliquant un désir violent d'outrager le conjoint, et d'atteindre son honneur ainsi que sa dignité, mais encore les faits conjugaux violant simplement une obligation imposée par le mariage ou encore les faits dits extra-conjugaux survenus dans la vie propre de l'époux. Il se produisit un phénomène d'entraînement qui, comme l'a fait remarquer M. Roll, n'est pas particulier à notre matière mais s'est manifesté encore dans l'interprétation d'un autre important article de notre Code, l'article 1382, et dans notre loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

Par une pente insensible, les tribunaux finirent par ne plus voir dans l'injure l'élément moral et à ne plus tenir compte que de l'élément matériel cause de préjudice. Et c'est ainsi qu'ils en sont arrivés à voir dès le début une cause de divorce dans tout fait apportant un trouble dans la société conjugale sous la seule condition que l'acte fût l'œuvre d'une volonté consciente et ne fût pas la conséquence de l'exercice normal d'un droit.

N'était-ce pas revenir au sens étymologique du mot *omne quod injuria fit*, et la raison était si forte que la doctrine ne songea pas à s'émouvoir. Laurent, si réputé pour son étroitesse dans l'interprétation des textes, admit la solution jurisprudentielle. Il se forma donc, à mesure que les besoins de la pratique faisaient surgir des cas nouveaux, toute une législation à côté, seule vivante qui finit par se substituer au texte et à l'esprit même de la loi. « A mesure que sur des mêmes espèces, les arrêts se multipliaient, certains faits finissaient, par la force que l'on attache à un précédent, à venir s'ajouter aux autres causes de divorce formant ainsi les éléments d'une liste toujours ouverte ».

2° *Responsabilité du législateur en ce qui concerne l'extension jurisprudentielle du divorce.* — Faute de n'avoir pas trouvé dans la loi des principes bien fermes, les juges en sont arrivés à l'arbitraire le plus absolu et à la confusion la plus regrettable ; car si l'arbitraire s'est produit partout, des divergences énormes se sont manifestées d'une cour à l'autre pour le plus grand mal de la

justice, donnant ainsi aux partisans du divorce par consentement mutuel de très forts arguments. Car il faut bien l'avouer, la plupart des divorces prononcés aujourd'hui n'ont pour cause que le mutuel consentement des conjoints ; on sent à peine, dans les motifs des jugements, la préoccupation de cacher ces déguisements. Mais la jurisprudence est allée plus loin ; elle n'a pas craint de violer ouvertement la loi. Un jugement de M. Magnaud, président du tribunal de Château-Thierry, est venu marquer en matière de divorce une ère toute nouvelle. On peut dire aujourd'hui sans crainte d'être démenti que le divorce par consentement mutuel est établi par un texte dans notre législation prétorienne. Voici la teneur de ce jugement : « attendu que les torts des époux sont réciproques et qu'un égal désir de ne plus vivre ensemble les anime l'un et l'autre ; que si cette manifestation catégorique de leurs volontés, dans l'état de la législation actuelle n'est pas suffisante pour amener leur désunion, il n'en est pas moins certain que le juge doit tenir le plus grand compte de ce consentement mutuel en l'associant aux griefs établis à l'encontre de chacune des parties par les faits et les documents de la cause, afin de leur donner plus de poids et de force déterminante ». Depuis ce jour, il n'y a plus de loi de divorce en France ; tout est affaire de l'opinion des juges. Il en est résulté un tel débordement de divorces que l'on pourrait se croire revenu au régime de la loi de 1792. Le scandale est criant. Les tribunaux dé-

bordés n'ont trouvé qu'un moyen pour décharger leurs rôles encombrés, c'est d'accorder la rupture du lien conjugal après un examen superficiel. Aussi dès qu'on a pu administrer devant eux une cause de divorce, ils ne s'attardent pas à la recherche minutieuse des circonstances de la cause. « La 4^e Chambre civile du tribunal de la Seine a été jusqu'à prononcer en un seul jour 294 divorces et elle devait agir ainsi puisqu'elle a à examiner chaque année 2 300 demandes en divorce. Dans de telles conditions, il est impossible pour les juges d'accomplir leur fonction de conciliateurs entre époux, ce qui est pourtant leur rôle capital d'après notre loi. C'est là encore un des points essentiels sur lesquels notre Code est violé. Mais il y a plus encore ; le juge ne s'inquiète pas de savoir si le défaut du défendeur cache ou non la collusion des époux, il ne s'attarde pas, en cas de mauvaise volonté de celui-ci, à vaincre cette résistance au moyen d'astreintes. C'est encore pour les conjoints un des moyens détournés de recourir au divorce par consentement mutuel et sans conciliation préalable. »

Chose plus grave, les divorces d'assistance judiciaire s'obtiennent sans enquête préalable sérieuse ; un simple rapport du commissaire de police, fondé sur les dires de concierges et de voisins plus ou moins malveillants, suffit pour servir de base au jugement. Notre jurisprudence nous fait donc l'effet en matière de divorce d'un moulin qui broie, qui broie, suivant une heureuse expression d'un spirituel conseiller à la Cour de Paris. Oui, c'est le

moulin qui broie de la chair humaine, des cœurs, des existences. Et les divorces de se multiplier maintenant même dans notre classe ouvrière qui jusqu'ici n'avait presque pas été attaquée par le mal. M. Paul Nourrisson nous apprend que même chez les ouvriers on commence à avoir en se mariant l'arrière-pensée d'une prochaine rupture.

Il semble que de plus en plus on cherche à vouloir se marier à l'essai. Rien qu'à Paris, l'assistance judiciaire reçoit plus de 9 000 demandes en divorce par an. Les cinq rapporteurs de chacune des huit commissions en sont encombrés. Plus de 60 0/0 de ces demandes sont écartées ; mais l'enquête qui a fait retenir les autres paraît trop souvent aux juges une base suffisante pour le prononcé du divorce. Les tribunaux n'imposent même plus aux parties le délai de réflexion que la loi avait prévu et qui, dans beaucoup de cas, suffirait à faire abandonner l'instance. Et cependant, fait dont nous prenons acte, le seul retard apporté par les vacances à l'instruction des demandes d'assistance amène le retrait d'un grand nombre d'entre elles. N'est-ce pas la preuve indéniable qu'il n'existe la plupart du temps entre les conjoints que des griefs bien légers. « Nous en avons vu, dit M. Nourrisson, qui demandent le divorce avec l'intention de se retrouver ensemble en union libre : le lien légal leur était devenu insupportable à cause des gênes et des obligations. D'autres divorcent pour détruire les conventions matrimoniales qui sont immuables, pendant le mariage, par

exemple, pour permettre à une femme dotale de mettre ses fonds dans le commerce du mari. D'autres divorcent pour incompatibilité d'humeur alors que la loi n'admet pas cette cause.

« Les juges, par une faiblesse inexplicable, se sont laissés entraîner au delà de toutes les limites permises ; égarés par les théories des novateurs, ils ont perdu de vue la notion même du mariage, et leur jurisprudence en matière d'injure en est arrivée à être un assaut réglé et méthodique donné aux principes de la loi. Sous le couvert des données supérieures de l'équité et de l'utilité sociale, ils ne se sont pas contentés de compléter une tâche qu'ils jugeaient inachevée, ils sont allés à l'encontre des dispositions mêmes de la loi. » Et M. de Marcère résumant cette œuvre écrivait avec raison :

« Je puis dire, parce que c'est un fait de notoriété éclatante, que la magistrature a méconnu la pensée de la loi du divorce : qu'elle en a fait un mauvais usage et préparé un état social auquel certes nous étions loin de songer quand nous avons donné notre adhésion à cette disposition légale. » M. de Lamarzelle, exprimait la même idée quand il constatait les résultats sociaux, de l'application de la loi de 1884. « La magistrature est là pour assurer cette idée dans les esprits de la masse que le divorce est une simple formalité qui permet aux époux de se quitter dès que l'un d'eux a cessé de plaire à l'autre, et pour faire considérer le mariage civil comme la simple légalisation de mariages successifs. »

Nous avons parlé déjà également de ces petites comédies auxquelles donnent lieu les instances en divorce. Nous avons dit avec quelle complaisance les juges prêtent, dans beaucoup de cas, l'oreille à l'allégation de griefs imaginaires. Il est des procédés qui sont presque devenus classiques à l'heure actuelle. « Ainsi, les époux qui sont d'accord pour réclamer le divorce, n'ont qu'à rédiger une requête où ils relatent des faits injurieux et mensongers. L'avoué de la partie à laquelle ces faits sont imputés fait la preuve de la fausseté de ces griefs et demande au profit de son client l'application de l'art. 231, considérant comme injurieuse cette allégation mensongère. On peut arriver aussi sûrement au résultat par l'abandon du domicile conjugal. Du consentement de la femme, le mari part avec l'argent commun, laissant celle-ci sans ressources ; la femme demande alors le divorce pour injure grave et le divorce est prononcé sans ces scènes de pugilat auxquelles on était obligé d'avoir recours, il y a quelques années. »

Mais nous l'avons déjà dit, et c'est pour nous un fait de la plus grande importance, la responsabilité première n'en incombe nullement à nos magistrats. Elle remonte à nos législateurs qui sont partis d'un point de vue trop restrictif et n'ont pas osé, de peur d'étendre le divorce, examiner franchement certaines situations. Ils se sont tus, là où ils auraient dû se prononcer nettement et ils ont abandonné la jurisprudence à elle-même, de crainte de ne pouvoir résoudre eux-mêmes les difficultés délicates que la

pratique allait faire surgir. C'est en cela qu'ils ont fait une œuvre trop abstraite, incapable de vie. Ce qui le prouve ce sont les modifications législatives successives qu'il a fallu apporter à la loi quelques années même après sa promulgation. De bonne foi, le juge a pensé que la loi par son silence sur tant de points en était revenue à cette idée de Pothier qui, dans l'article 508, au titre du mariage, exposait « qu'en cette matière, il faut laisser entièrement à l'arbitrage et à la prudence du juge ». Or, n'ayant pas de directives légales bien nettes, celui-ci a été obligé de s'en créer lui-même ; il a eu le tort de s'inspirer de théories par trop individualistes, oubliant qu'il était, avant tout, le défenseur de la famille et de la société. C'est donc surtout à l'imperfection de notre loi, et non pas tant à l'indulgence du juge ou aux modifications subies par notre société moderne, qu'il faut attribuer cet état de choses déplorable.

N'en déplaise aux esprits timorés ou rétrogrades qui considèrent comme intangible tout ce qui touche de près ou de loin à l'institution du mariage, nous sommes amenés à demander une réforme assez sérieuse de notre loi de 1884. Quoi qu'on en dise, cette loi n'a pas assez de souplesse pour répondre aux nécessités de demain ; en considérant le mot injures dans un sens trop technique, ses auteurs ne se sont pas aperçus qu'il leur était impossible d'enserrer dans un texte aussi étroit, toutes les réalités de la pratique. Ce texte était, dès le début, inapplicable et si l'on avait voulu, à toutes forces, l'appliquer, il

en serait résulté les plus graves iniquités. D'ailleurs, nous sommes persuadé que, si beaucoup d'esprits se sont montrés rebelles à toute innovation, ils y ont été encouragés par ce fait que tous les changements proposés sont loin d'être heureux ni séduisants. « Quelques-uns de ces changements ne ressemblent guère à des progrès, et la façon même dont on les propose est propre à rebuter non seulement les gens à préjugés mais aussi les gens de bon sens. »

3° *Précautions à prendre en apportant des innovations dans nos lois.* — « Nous n'oublions pas qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas du tout de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien si on doute du mieux ; de plus qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même ; qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer. » C'est pour répondre à la première de ces objections que nous nous sommes longuement étendus sur les déficiences de notre loi de 1884, dévoilées par une pratique de 30 années ; et c'est pour répondre à la seconde que nous n'adopterons que des résolutions ayant déjà fait leurs preuves.

Moralistes, romanciers, auteurs dramatiques ont le droit de s'inspirer de la fantaisie et de l'extraordinaire ; le législateur, lui, a le devoir d'examiner sérieusement les choses sérieuses et d'en prévoir les conséquences même indirectes. Nous ne craignons pas, d'ailleurs, comme on l'a si souvent répété, que le fait de vouloir à l'heure actuelle, réformer, en matière de mariage, ne soit une grave imprudence de notre part, et n'amène l'opinion publique à réclamer la suppression radicale de cette institution surannée. Nous avons démontré qu'elle tire sa raison d'être de considérations autrement puissantes que la routine et la tradition. Pour nous, ce n'est pas une momie décomposée qu'on ne peut plus toucher du doigt sans qu'elle tombe immédiatement en poussière. D'ailleurs, une seule chose suffirait à nous permettre de modifier notre législation sur le divorce.

La loi de 1907 est venue, sans en ébranler, il est vrai, les principes fondamentaux, changer la physionomie de notre mariage sur bien des points secondaires. Le législateur, dans une pensée digne d'éloges, a voulu faciliter le plus possible l'union légitime : il a abaissé la majorité matrimoniale de l'homme ; il a supprimé la nécessité du consentement des aïeux et aïeules à partir de 21 ans, et celle des père et mère, à partir de 30 ans révolus ; il a substitué à l'acte respectueux une simple notification du projet de mariage aux père et mère. Il est incontestable qu'une loi organique du mariage doit fatalement réagir sur le divorce. Et puis ce n'est pas en révolutionnaire que

nous venons porter la main sur notre Code. Nous pensons que si des modifications s'imposent ce n'est pas parce qu'il se présente en lui, des archaïsmes, des conceptions exagérées, des règles dictatoriales. Notre but n'est pas de le bouleverser de fond en comble. Ce que nous voulons, c'est réagir contre son esprit par trop étroit, sans toutefois nous laisser entraîner par l'esprit trop large de notre législation prétorienne, car nous ne pouvons nous empêcher de nous rappeler que, suivant Montesquieu, la modération doit être le véritable esprit du législateur.

C'est surtout contre l'élargissement excessif du divorce que nous nous proposons de lutter. Nous avons l'intime conviction que les exagérations de la jurisprudence ont fini par ouvrir les yeux de beaucoup ; il semble d'ailleurs, à l'heure actuelle, qu'elle a elle-même conscience de ses propres erreurs et qu'elle tende à vouloir clore la liste des causes de divorce.

Et le législateur de 1907 ne vient-il pas aussi nous donner raison. A mariage plus facile, divorce plus difficile ; car le contraire serait illogique. Ainsi, bien loin qu'une seule raison puisse s'opposer à la modification de notre loi de divorce, tout, au contraire, nous invite à substituer à une lettre morte, un texte vivant et respecté, et cela, dans le sens même que nous avons adopté. Et, puisque nous savons maintenant où nous voulons aller, examinons les moyens à employer pour arriver le plus sûrement et le plus commodément au but.

4° Directives à observer dans la législation du di-

vorée. — Cinq idées maîtresses nous guideront dans notre essai de refonte du Code civil. Nous nous garderons bien de faire abstraction du passé. « Il n'y a guère que les personnes absolument étrangères à la science du droit qui croient à la possibilité de faire des lois entièrement neuves ; les innovations y sont aussi rares que dans les autres branches des connaissances humaines. »

M. Hüber ne disait-il pas : « On doit prendre l'ancien droit en considération, en extraire le sang et la moelle et le réformer dans le sens de son évolution normale. » D'ailleurs, serait-il logique de faire autrement ? Qu'est-ce donc que la tradition ? N'est-ce pas cette hérédité qui existe dans les classes sociales comme dans les individus. On peut la définir : la même façon de penser, de vivre et de sentir. Il y a des courants d'idées qui sont transmis d'une génération à l'autre. Les anciennes théories tombent en morceaux, mais les morceaux sont des matériaux de reconstruction de nouveaux édifices. Rien de ce qui mérite de vivre ne meurt entièrement (Viaud-Bruant).

Et Portalis exprimait la même idée quand il disait en parlant du futur Code civil : « L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner au peuple une institution absolument nouvelle ; si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé et de cette tradition qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles. »

Le législateur doit aussi se rendre compte qu'il doit lé-

gérer dans un esprit essentiellement démocratique. Qu'on le veuille ou non, les classes laborieuses, voire même les classes ouvrières, occupent dans notre pays une place prépondérante ; c'est particulièrement en vue de leur organisation et de leur développement que l'on doit solutionner toutes les questions sociales.

Le Code Suisse a nettement compris cette évolution et c'est à cause de cela qu'il méritera, de notre part, une attention toute particulière.

La loi doit avoir une grande valeur éducative. Elle n'a pas pour but unique de consacrer les droits des individus ; il faut qu'elle leur enseigne surtout qu'ils ont aussi des devoirs et elle doit veiller, d'une façon particulière, à ce que cette notion n'échappe pas aux citoyens. Elle ne doit s'inspirer que d'idées forces, essentiellement positives, tendant à faire naître l'action belle et féconde. Cette éducation par les lois est d'autant plus indispensable chez nous que tout homme a des devoirs sociaux à remplir, puisqu'il détient une parcelle de la souveraineté. Et ce qui est grave c'est que les fautes des individus retentissent sur les nations. De même que le bonheur de la collectivité est fait des bonheurs individuels, de même le malheur des Etats n'est que la résultante des fautes individuelles. Un mauvais mari ou un mauvais père est surtout un mauvais citoyen qui fait du tort à la classe ouvrière tout entière, en compromettant l'évolution normale par le trouble qu'il cause à la collectivité. « Dans la société, les volontés s'influencent, les pensées se pro-

pagent, les consciences se pénètrent. Il y a une contagion psychique ; le bien comme le mal, se répandent dans la société par une véritable suggestion provoquée en nous par le spectacle du bien et du mal. De même que nous imitons les mouvements, les attitudes, des personnes qui vivent avec nous, de même nous imitons les hommes de bien. Nous recevons de notre milieu social nos principes d'action. Comme une contagion microbienne il y a une contagion morale. Il importe donc que la masse soit agitée par le bon levain. Car il n'est pas d'action qui ne soit sociale ; pas un de nos actes n'est socialement indifférent. » (Viaud-Bruant). Aucune disposition légale, sous peine de ne jamais être appliquée, ne doit aller à l'encontre des idées et des mœurs. « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. »

Les lois positives ne doivent pas non plus contredire les lois naturelles ; nous ne disons pas cependant qu'elles doivent être identiques à ces dernières. C'est encore une nuance qui a échappé aux partisans de l'union libre. L'homme est un animal d'essence supérieure et éminemment sociable, et une législation qui n'aurait d'autre but que la consécration de ses instincts serait absolument indigne de lui.

Enfin, le législateur doit veiller à tout simplifier tout en prévoyant tout ; une loi touffue est, en général, une loi obscure, donc mal appliquée ou même inappliquée. Les rapports entre les hommes sont devenus si multiples, qu'il faut nécessairement préciser chacun d'entre eux. L'idéal, d'ailleurs, ne serait-il pas que le justiciable pût comprendre lui-même le texte, sans avoir recours aux lumières de techniciens ? Et même dans une démocratie la réalisation de cet idéal ne s'imposerait-elle pas ? Les législateurs suisses ont conclu par l'affirmative, et ce n'est pas ce qui fait la moindre originalité de leur Code, ni ce qui doit le moins nous inciter à nous inspirer d'eux.

Mais il importe davantage de tout prévoir et, pour nous, ce but n'est pas impossible à atteindre, à la condition, toutefois, de ne pas prendre le mot tout dans un sens par trop absolu. Ce que nous voulons dire c'est que nous trouvons dangereux, en matière de divorce, d'indiquer seulement les grandes lignes ; il faut laisser au juge le minimum de liberté d'appréciation et, pour cela, envisager tous les cas qui peuvent être humainement prévus et leur donner une solution législative. Il est bien évident que, quoi que l'on fasse, les lois positives ne pourront jamais empêcher qu'on soit obligé de recourir à la raison naturelle dans les affaires de la vie.

5° *Sources auxquelles le législateur doit puiser.* — Reste enfin à rechercher les sources auxquelles nous allons pouvoir puiser les éléments de notre travail. Nous avons

déjà dit que la tradition serait une des principales bases de notre étude. Mais faut-il rester cantonné dans l'unique sphère de notre législation ? N'y a-t-il pas beaucoup à apprendre dans les lois similaires étrangères ?

Nier, à notre époque, l'utilité de la législation comparée serait vouloir nier l'évidence.

Il est même d'une impérieuse nécessité de voir ce qui se passe en dehors de nos frontières. « Cette idée, que Montesquieu a le premier entrevue, est vraie et féconde. Nous ne vivons plus, en effet, chacun confiné dans les limites de notre patrie. Les théories des penseurs se répandent dans tout le monde. Nous connaissons aussi bien Ibsen, Tolstoï que les Russes ou les Norvégiens. Auteurs, penseurs, moralistes, juristes, se rencontrent, à chaque instant, dans des congrès internationaux publics ou privés. Il se produit « un cosmopolitisme d'idées et de sentiments que l'influence du sol et du climat ont quelque peine à différencier... Il est donc plus que jamais licite et indispensable, avant de vouloir légiférer, de profiter des travaux, des efforts, des tâtonnements même de l'étranger. Il est sans contredit que des aspirations modernes doivent trouver une expression analogue dans des œuvres contemporaines. Dans toute législation il y a du bon à prendre ; l'idéal est de faire entrer dans les lois plus de justice, de vérité et d'humanité. »

Il est important de noter que cette imitation ne doit pas être un esclavage. « Une législation, en effet, est le produit de deux éléments : un élément historique et

local auquel elle doit son originalité et un élément humain et social qui lui est commun avec toutes les législations contemporaines. Il faut distinguer la part de ces 2 éléments pour rejeter *a priori* ce qu'il y a de particulier et retenir, au contraire, ce qui est, en quelque sorte, de droit naturel et susceptible, par conséquent, d'être assimilé par tous les peuples. » M. Hüber exprimait cette idée quand il écrivait dans son avant-projet du Code suisse : « La législation d'un pays n'est pas une muraille de Chine ; si on ne doit pas admettre purement et simplement une législation étrangère, le principal profit d'un travail de comparaison sera de voir comment on a, hors de notre pays, considéré et résolu certaines questions. Nous devons consulter des modèles, non les copier. » Bien que de jour en jour, par suite de la facilité des moyens de communication, l'esprit d'un peuple perde de son originalité et qu'il finisse par s'établir pour les pays civilisés une communauté de pensées sinon d'intérêts, nous n'oublions pas, surtout dans une loi qui touche tant aux mœurs, de n'attacher aux comparaisons qu'un prix relatif. La tradition particulière à chaque peuple a, en notre matière, une très grande importance et c'est pourquoi nous n'hésiterons pas à consacrer quelques développements propres à dégager les caractères très particuliers des codes étrangers que nous envisagerons.

Deux lois modernes ont particulièrement attiré notre attention : Nous n'avons pas pu ne pas être fortement impressionné « par la science du Code impérial allemand

de 1900 et la préparation minutieuse et pleine de garanties du Code suisse de 1907. Ces Codes ont su, sans conteste, donner beaucoup de solutions définitives et sont susceptibles de fournir une incomparable source d'indications ».

Il serait d'un chauvinisme bien mesquin et bien mal éclairé de ne pas reconnaître que l'un et l'autre, grâce aux horizons qu'ils nous ont ouverts, sont capables de nous aider puissamment dans l'élaboration du droit nouveau français. C'est donc pour nous une bonne fortune d'avoir à notre disposition deux législations toutes récentes, faites pour des pays voisins du nôtre et qui bien qu'élaborées dans un esprit assez différent, sont arrivées à des solutions sensiblement analogues, permettant à la vérification de véritables recoupements. Elles ont été établies toutes les deux par des juristes doués d'une conscience incontestable, d'une capacité technique éprouvée, d'une indépendance à l'abri de tout soupçon et qui ont su faire preuve d'un esprit à la fois conservateur et largement ouvert aux idées modernes. N'est-ce pas pour nous d'inappréciables garanties ?

Examinons les caractères généraux de chacun des Codes suisse et allemand, particulièrement, en ce qui a trait au divorce.

La loi suisse est essentiellement et profondément traditionnelle ; elle n'a été, pour ainsi dire, que la cristallisation d'idées juridiques en cours, passées depuis longtemps dans la chair et dans le sang de ses justiciables. Le but

de ses rédacteurs a été de faire une œuvre éminemment nationale, un « véritable miroir des mœurs indigènes où chaque race pût facilement se reconnaître ». C'est pour quoi, ils ont plus particulièrement puisé dans les diverses législations cantonales, et cela de façon à peu près égale, afin d'éviter le soupçon de partialité. C'est ce qui a fait que pour les parties où l'unification était déjà faite, ils se sont contentés de simples modifications. Ainsi, dans ses grands traits, le Code de 1907 reproduit la loi du 24 décembre 1874 : il y a à la fois des causes déterminées et des causes indéterminées de divorce et les causes déterminées sont celles de la législation ancienne. Néanmoins, les juristes suisses n'ont pas craint d'introduire des changements de textes et dispositions complémentaires ou même des modifications de fond chaque fois que la pratique de l'ancienne loi avait fait apparaître des déficiences. Ainsi les articles 144 à 148 sont entièrement nouveaux ; les causes indéterminées dont la loi de 1874 traitait dans deux articles distincts ont été réunies dans un seul article, ce qui a eu pour effet de modifier le sens des articles 45 et 47.

Ce premier point établi nous sommes, dès maintenant, mis en garde contre une imitation trop servile de ce Code, d'autant plus que ses rédacteurs en cherchant trop à être pratiques, ont laissé aux tribunaux locaux une liberté excessive dans l'interprétation de la loi. Leur unique ambition a été, tout en cherchant à guider, à s'adapter aux aspirations, aux sentiments du peuple qu'ils ont craint de

froisser. « Ils n'ont pas voulu, comme les Allemands, faire une systématisation arbitraire du droit, un Code liant les parties et les juges à un à priorisme inexorable. Ils se sont efforcés de laisser toute liberté à la coutume, à la pratique judiciaire, c'est-à-dire aux mouvements de la nouveauté. » Ils se sont inspirés ici d'une théorie que nous avons le devoir de réfuter, surtout en matière de divorce. « La vie, ont-ils pensé, ne peut correspondre longtemps aux règles des législateurs ; elle échappe à leur surveillance ; elle a des sautes brusques et imprévues. Lorsque les règles légales ne laissent pas à la sociabilité toute liberté et tente de l'emprisonner, il arrive que le juge, devant des articles précis, en désaccord avec les idées morales courantes, opte en faveur de celles-ci au détriment de ceux-là. On lui reproche de violer la loi : la vérité est qu'il ne peut agir autrement. Le recueil de toutes ces interprétations plus ou moins illégales forme le Code empirique que les praticiens consultent plus fructueusement que le Code officiel : c'est la jurisprudence. Une coutume judiciaire se forme en marge de la loi, malgré elle et contre elle. Elaborée plus ou moins artificieusement, elle n'a pas la majesté d'un Code. L'équité y voisine avec la chicane. Cependant les auteurs s'insurgent contre les tribunaux pour défendre en même temps que la signification première de la loi, l'utilité des codifications. Il y a beau se produire souvent des ententes entre les auteurs et les juges la contrariété des textes n'en subsiste pas moins. » Nous pensons qu'il y a dans cette théorie beaucoup d'exagération.

S'il est impossible de faire rentrer dans un texte toutes les réalités de la pratique, il n'en est pas moins vrai que l'on peut cependant trouver une formule assez compréhensive pour embrasser la plupart des cas susceptibles de se présenter. Le législateur ne peut et ne doit envisager que les cas généraux. Les cas tout à fait exceptionnels échappent forcément à ses prévisions. Il ne faut pas demander à la sagesse humaine plus qu'elle ne peut donner. Le législateur, d'après les Romains, ne devait prendre en considération que ce qui arrive le plus communément. D'ailleurs, celui-ci a toujours la possibilité de restreindre l'interprétation prétorienne par des directives très nettes et très précises. Grâce à cela, tout en laissant à la loi une souplesse relative, il empêche ainsi les abus et les contradictions dans la jurisprudence. Car nous avons vu, en France, à propos du divorce, comment s'établissent les échanges entre une loi trop lâche et la vie. Nous pensons que ce n'est pas au législateur à abdiquer ses fonctions ; à quoi sert un Code si les coutumes doivent le compléter et le corriger d'elles-mêmes ? A quoi sert la représentation permanente du peuple ? est-il donc si difficile d'opérer une modification dans la loi ; et le dernier mot en cas de non conformité de la loi aux mœurs ne doit-il pas être dit par le législateur ? Enfin qui soutiendra que les changements dans les idées se font par sautes brusques et par à coups. L'adage *natura non facit saltus* a donc cessé d'être vrai ? n'est-il pas de l'essence de l'évolution de s'opérer d'une manière lente et progressive ? Et en ce qui concerne le

Code suisse, s'il est vrai qu'on n'ait pas à redouter avec lui, une entrave à l'évolution sociale, il y a lieu de craindre « qu'une jurisprudence ferme et solide ne soit lente à s'établir ». Bien plus même, on peut redouter que des juges trop téméraires ne détruisent à la fois la lettre et l'esprit de la loi. Or, c'est en cela que nous ne comprenons pas les législateurs suisses. Ils se sont pourtant rendu compte des abus auxquels avait donné lieu l'interprétation trop extensive de l'article 47 de la loi de 1874. D'après M. Hüber et les autres juristes, la rédaction de l'art. 241 devait avoir pour but de faire cesser de pareils errements qui ne tendaient rien moins qu'à établir en Suisse, le divorce par consentement mutuel. Ils auraient donc dû être plus logiques avec eux-mêmes, et apporter partout la même préoccupation.

Le Code suisse a considéré le divorce avec un esprit nettement restrictif. Cette particularité doit d'autant plus nous frapper que nous sommes en présence d'un peuple qui a été protestant de bonne heure et chez qui le divorce a acquis droit de cité depuis des siècles. Un message du Conseil fédéral ne laisse subsister aucun doute sur ce point ; il déclare, en effet, que la « législation actuelle, a fourni les éléments essentiels du titre du divorce ». Or, nous n'ignorons pas que chez la plupart des rédacteurs de la loi de 1874 des répugnances très marquées s'étaient fait jour pour la dissolubilité du lien conjugal et que ces idées avaient fini par s'imposer en partie. Mais c'est avec un esprit plus restrictif encore qu'a été conçu

le Code suisse : la rédaction de l'art. 241 et les déclarations de M. Hüber à ce sujet, en sont des preuves indéniables.

Bien qu'animés d'un grand libéralisme, les juristes suisses ont su cependant ne pas tomber dans les erreurs de nos réformateurs modernes, et réagir contre les tendances individualistes actuelles. Ils n'ont pas hésité à restreindre la liberté de l'individu par l'intérêt familial et les règles de la morale. « C'est dans le sens d'une grande préoccupation du conjoint, des descendants, des ascendants, qu'ils ont voulu obliger l'individu à triompher de son égoïsme instructif. »

C'est un point sur lequel nous voulons particulièrement insister ; car pourra-t-on de bonne fois traiter nos idées de rétrogrades ou d'incompatibles avec les convictions de notre pays, quand on saura qu'elles ont été puisées dans une législation faite pour une république démocratique et bien plus imbue encore que la nôtre, de l'esprit de la Réforme ?

Le Code Suisse, en effet, a un caractère essentiellement familial. Il se dégage de ses dispositions une saine et haute moralité. « La famille, bien que restreinte à la plus proche parenté est un organisme considérable, où l'autorité du chef de famille est encore très puissante, malgré les garanties accordées à la femme. Et ce qui fait la force du lien familial, c'est que le législateur, en organisant cette petite société, n'a pas eu surtout en vue sa prospérité matérielle, mais plutôt sa conservation morale. »

« Dans leur souci de progrès et de moralité individuelle,

les rédacteurs du Code suisse ne se sont pas contentés de poser des principes et d'indiquer des devoirs. Ils ont commis pour leur observation la famille au sens large tout d'abord, et ensuite, s'il est nécessaire, l'autorité. »

Voilà le grand point où, à notre avis, nos Codes ont toujours présenté jusqu'ici une véritable lacune; il faudra bien qu'un jour où l'autre, le législateur organise un contrôle permanent sur la conduite de l'individu pour prévenir les actes préjudiciables à la famille et à la société. « C'est que la loi suisse ne pardonne pas au citoyen sa négligence dans ses devoirs conjugaux, et si celui-ci vient à oublier ses devoirs ou à verser dans l'inconduite, elle n'est pas tendre pour lui. »

Le Code suisse est aussi essentiellement démocratique, c'est en vue des petits qu'il a été rédigé. A l'esprit nettement bourgeois qui, jusqu'ici, avait inspiré les dispositions légales s'est substitué l'esprit populaire. Ses rédacteurs ont même cherché à se faire comprendre des classes les moins éclairées de la Société.

Ils n'ont pas adopté la terminologie savante du Code allemand et on rejété autant que possible, l'abstraction. Ils ont pris les mots avec leur signification populaire, afin que tout citoyen puisse facilement les retenir et en saisir la portée. Néanmoins, ils n'ont pas hésité à adopter les formules générales quand ils en ont saisi la nécessité. Ils ont considéré que, dans certains cas, c'était la seule façon d'implanter les principes dans les cerveaux les moins préparés, à la

façon des proverbes ou des brocards juridiques du passé.

Par ses tendances franchement, loyalement démocratiques, le Code de 1907 mérite donc de fixer particulièrement notre attention à nous qui étudions le divorce, puisque, suivant le mot de M. Saleilles : « c'est surtout au point de vue de l'avenir de la démocratie, de l'amélioration des classes ouvrières qu'on doit réagir contre le divorce. »

De l'étude de cette œuvre de progrès « nous apprendrons la façon d'harmoniser les aspirations contraires d'un monde passé et d'un monde à venir, la nécessité impérieuse de la subordination de l'intérêt individuel à l'intérêt du groupe, et enfin la haute et noble conception que l'on doit avoir de la famille ».

Le Code Impérial allemand se différencie, en bien des points du Code suisse. De par son titre, il était obligé de faire abstraction le plus possible de la tradition. Et pourtant, surtout en matière de divorce, ce n'est pas les textes qui manquaient. Il y avait même une législation ancienne très touffue constituée par les Codes des différents Etats particuliers et par la loi d'Empire de 1875. Mais il est vrai de dire qu'il n'y avait en tout cela rien de bien vivant.

A part le vieux Code saxon ou prussien, tous ces petits droits régionaux, « reconstitution historique d'un droit à peu près disparu dans son ensemble, ne s'appliquaient plus que d'une façon fragmentaire soit à certaines institutions d'origine un peu archaïques, soit dans quelques rares pays où les coutumes locales s'étaient davantage impré-

gnées des traditions primitives de la race ». La loi de 1875 n'était qu'une œuvre assez incomplète dont le seul objet avait été la suppression de la séparation de corps à titre perpétuel. Mais elle ne traitait pas du divorce d'une façon expresse ; elle ne parlait pas de ses causes et bien peu de ses effets ; sur tous les autres points, elle renvoyait aux législations régionales. C'avait été, avant tout, une loi de réaction et de combat, vouée dès son principe, à une existence éphémère. Toutefois, même auraient-ils pu puiser à des sources généreuses et fécondes, il est à supposer que les juristes allemands s'y seraient refusé. Ils ont eu l'ambitieux orgueil d'élever un monument original, fait de matériaux tout nouveaux. Ils ont voulu édifier une loi « digne d'être gravée sur l'airain, capable de marquer dans l'histoire du Droit une ère nouvelle et susceptible de jeter de l'éclat sur un Empereur jaloux d'ajouter à tant de titres celui qu'avait ambitionné Justinien ».

D'ailleurs, n'était-elle pas voulue, cette coïncidence entre la date et la promulgation de ce Code et le commencement du xx^e siècle ?

Bien que les plus vives critiques aient été formulées à son égard, il ne faut pas voir simplement dans le Code de 1900, « une œuvre d'une allure vide et pédante que, d'un esprit de logique intraitable, ne sacrifiant rien aux exigences de la réalité, et tout au plus bonne pour des hommes issus d'une race éduquée par une discipline militaire et sur laquelle l'autorité doit fatalement peser de tout son poids ». Certes, le style n'y a pas la simplicité

que l'on trouve dans la loi suisse : Ici, la terminologie scientifique règne en maîtresse avec ses expressions quelquefois torturées presque toujours incompréhensibles pour le vulgaire.

Mais il ne faut pas oublier que le Code impérial allemand, a été élaboré par des techniciens puissants sinon subtils, des travailleurs acharnés, d'une conscience très rigide et fortement imbus de leur responsabilité. Ceux-ci, partant d'un point de vue diamétralement opposé à celui des juristes suisses, ont pensé ne devoir presque rien laisser à l'interprétation du juge.

De là cette préoccupation de tout réglementer et jusque dans les moindres détails. « Ils y sont arrivés en faisant aux principes généraux une place considérable ; mais ceux-ci, ils les ont précisés, en employant des formules d'une exactitude rigoureuse et en utilisant tout un appareil de définitions, de distinctions et de restrictions. Et en imposant au juge la méthode déductive, ils lui ont interdit les raisonnements *a pari* et *a contrario* si dangereux, en matière de divorce, faisant aussi une œuvre bien charpentée, à texture peu large, difficile à ébranler par l'interprétation. Une pratique, vieille déjà de 40 ans, a démontré que ces formules scientifiques n'excluaient pas le sens des affaires et l'adaptation des règles à la vie courante. » Et c'est pourquoi, abandonnant momentanément la méthode casuistique française, nous n'hésiterons pas à adopter, presque sans modification, la formule si compréhensive de l'art. 1568 du Code allemand, persuadé

que nous sommes qu'il n'est pas d'expression législative plus adéquate aux réalités actuelles.

Ce serait, en effet, une erreur grave de considérer la loi allemande comme essentiellement spéculative. Industriels et commerçants ont collaboré avec les juristes ; ils se sont inspirés des faits et des idées économiques modernes et ont donné à leurs lois un caractère vraiment pratique. Enfin, malgré eux, les juristes allemands n'ont pu rester isolés dans leur tour d'ivoire et ils ont su tirer le plus grand profit de toutes les législations du monde civilisé.

Mais, du fait que la tradition a été ici complètement écartée, nous y gagnons deux choses : Par sa préoccupation de s'élever au-dessus des tendances particularistes d'Etats si différents entre eux, par son ambition à être général, ce droit a un caractère humain et, par conséquent, est susceptible plus qu'un autre d'imitation de la part de l'Etranger.

« De plus, dédaigneux du vieux droit privé local, il n'a pu en reproduire les duretés. Réagissant même contre l'antique esprit de coutumes, il a évolué logiquement dans le sens d'un respect plus grand du mariage et vers le resserrement du lien conjugal. Il a biffé impitoyablement un grand nombre de causes déterminées de divorce jusque-là admises par les statuts locaux ; il s'est rallié au principe moderne de l'imputabilité de la faute dans les causes de divorce et malgré de fortes sollicitations en sens contraire, il n'y a admis qu'une seule dérogation. »

Et l'on a dit avec raison : « Par son libéralisme, par son horreur d'un formalisme suranné, par ses raisonnables tendances féministes, par les sérieuses garanties d'études consciencieuses auxquelles il a donné lieu, le Code impérial allemand forme le cercle autour duquel les nouveaux Codes doivent graviter et dont on ne doit pas hésiter à s'inspirer. »

CHAPITRE III

ADOPTION D'UNE FORMULE LARGE CONTENANT LES CAUSES RELATIVES DE DIVORCE ET DE CERTAINES CAUSES SPÉCIALES DE DIVORCE.

1^o *Impossibilité d'établir une liste des causes déterminées.* — La première pensée qui nous est venue à l'esprit dans cet essai de réformation de notre divorce, a été, nous inspirant des lois de 1804 et de 1884, de rechercher dans les répertoires de jurisprudence les principaux griefs ayant motivé des jugements en divorce, d'en établir une liste aussi courte que possible, après une sérieuse discussion de chacun de ses éléments. De cette façon nous aurions été sûr de n'introduire dans la loi nouvelle que des causes de rupture du lien conjugal consacrées par une jurisprudence déjà longue et reconnues par la pratique ; nous n'aurions pas craint d'introduire dans une matière aussi délicate, des innovations peu heureuses et susceptibles de froisser maladroitement des habitudes invétérées. Mais à la réflexion, de sérieuses objections s'opposent à une pareille manière de faire. Serait-il facile,

serait-il même vraiment possible, entre ces causes si diverses d'exercer un choix judicieux ? Avec la meilleure volonté du monde nous ne pourrions jamais arriver à une suffisante impartialité, car, dans bien des cas, nous n'aurions pour nous guider, que notre propre sentiment ou des opinions personnelles. De plus, la vie n'est pas faite d'abstractions ; les réalités échappent à l'imagination la mieux douée. Vouloir énumérer tous les cas de divorce pouvant se présenter serait folie. Toute liste serait incomplète et injuste à la fois. Enfin, puisque nous admettons la théorie de l'évolution, serions-nous bien logiques avec nous-mêmes, en agissant ainsi ? Les causes de dissolution du mariage qui se sont produites dans le passé, seront-elles aussi celles de l'avenir ? Nos répertoires ne peuvent nous donner que les premières, à nous de rechercher ailleurs, les secondes. Bien plus, de nombreuses causes du passé n'auront plus de raison d'être dans l'avenir et celles-là il faut les éliminer si l'on ne veut pas faire une législation inutile. Et c'est pourquoi nous n'avons pas hésité à rejeter en partie le système pourtant si séduisant qu'avait proposé Boulay, sous la réserve toutefois d'en retenir l'idée maîtresse qui est très sage et très judicieuse.

Boulay avait proposé de dresser une double liste limitative des causes de divorce : les unes permettant au conjoint de demander et d'obtenir immédiatement le divorce, les autres ne le lui accordant qu'après un certain délai d'épreuve.

C'était, d'ailleurs, la séparation de corps qui devait servir de période probatoire. Boulay faisait valoir les grands avantages d'une telle distinction, avantages que nous allons retrouver dans le projet que nous proposons. Il disait, en effet, très justement que certains faits anéantissent, d'un seul coup, le mariage, mais que d'autres ne produisent cet effet que par leur continuité. Ces derniers, disait-il, si on les considère en un instant donné, ne sont pas très graves de leur nature ; ils peuvent être l'effet d'un caprice ou d'une passion passagère ; ils sont susceptibles d'oubli ; ils diffèrent, d'ailleurs, par les nuances des caractères, de l'éducation, des conditions. Aussi les admettre comme des causes immédiates du divorce, ce serait porter une atteinte trop profonde à la sainteté du mariage ; il ne faut donc les admettre que comme causes de séparation de corps. »

2^e *Adoption d'une formule large.* — C'est cette distinction capitale entre les diverses causes de divorce ainsi que l'idée très heureuse d'une séparation d'épreuve que nous retiendrons ; mais nous ne pouvons accepter le système de ces deux listes. A nous de chercher ailleurs des inspirations et des modèles. Nous avons déjà dit que nous cherchions, avant tout, à réagir contre l'esprit trop large de notre jurisprudence ; qu'il fallait imposer de solides barrières à l'interprétation du magistrat qui, forcé de l'arrêt de Cassation du 2 février 1892, se croyait, à cet égard, armé d'un pouvoir souverain. Or, par une coïncidence extraordinaire, un problème identique s'est posé

aux rédacteurs des Codes suisse et allemand. Pourquoi, n'adopterions-nous pas la solution à laquelle se sont arrêtés ces législateurs d'opinions et de tendances si différentes? Pouvons-nous nous refuser à voir, dans ce système, l'expression quasi définitive d'une conception juridique de droit naturel commun à tous les peuples? Nous allons donc admettre une sorte de dualisme, comme le désirait Boulay : aux causes déterminées très restreintes et qui constitueront des motifs quasi péremptoirs de divorce, nous ajouterons une formule large, très compréhensive, prévoyant tout un ensemble de faits non déterminés, il est vrai, à l'avance, mais très facilement déterminables dans la pratique. C'est dans cette formule large que rentreront tous les faits n'ayant pas à eux seuls le pouvoir de briser le lien conjugal mais exigeant, pour produire cette rupture, des conditions nombreuses et précises. Et nous allons réfuter tout de suite l'objection qui semblerait devoir nous être immédiatement faite. N'y a-t-il pas danger, en effet, en adoptant une formule si large, de rétablir légalement la situation juridique, actuelle, résultant de l'extension abusive de l'article 231?

Cette critique a été faite à propos du texte allemand par M. Planiol, qui a prétendu que la formule générale de l'article 1568 était susceptible d'une application indéfinie et amènerait un nombre illimité de divorces. Les juristes allemands, se seraient-ils donc grossièrement trompés, eux qui ont voulu justement le rétrécissement du divorce?

Non, ils n'ont fait, en somme, qu'appliquer le principe général implicitement contenu dans nos lois de 1804 et de 1884, et qui veut que tout événement occasionnant un préjudice à l'un des conjoints devienne une cause de rupture du mariage. Mais ils ont eu soin, de préciser, d'une plus heureuse façon que nos législateurs, quel degré devait atteindre ce préjudice pour devenir une cause de divorce. Ils ne se sont pas contenté de la qualification par trop vague donnée par le mot grave. Ils ont indiqué nettement que le critérium devait être l'impossibilité de la vie commune, et ils ne pouvaient en adopter un autre, puisque cette impossibilité de vie commune est, en dernière analyse, l'unique fondement des actions en divorce. Mais ils ne sont point arrêtés là ; ils ont voulu non seulement indiquer les résultats que devaient déterminer les faits reprochables, mais encore dégager les caractères de leur cause productrice. Et, considérant, que ces diverses manifestations de l'impossibilité de la vie conjugale doivent également être considérée comme des délits sociaux, ils ont fait rentrer la notion de faute dans leur formule d'une manière très explicite.

Nous avons jugé bon d'aller encore plus loin. Nous avons voulu imposer aux magistrats des fins de non recevoir aux demandes en divorce dans tous les cas où il est indubitable qu'on se trouve en présence du caprice ou de la passion. Nous sommes donc loin d'un texte lâche et se prêtant à toutes les complaisances de la jurisprudence. Par notre formule générale, nous n'avons

eu d'autre but que de suppléer à l'insuffisance incontestée de notre loi actuelle, en considérant comme causes de divorce tous les faits qui nous ont paru constituer une manifestation non équivoque et irréfutable de l'impossibilité du maintien du mariage. Nous aurions mieux compris les critiques de M. Planiol à propos de la formule de l'art. 142 du Code suisse, car il est indéniable qu'ici le législateur a manqué le but qu'il s'était proposé et qu'il a provoqué indirectement l'élargissement du divorce en laissant au magistrat une indépendance excessive dans son interprétation.

Les membres de la Commission de la Société législative ont eu raison lorsqu'ils ont déclaré : « Accepter la solution du Code suisse, ce serait laisser trop d'arbitraire dans une matière où l'expérience a démontré, surtout, en France, que le juge n'est que trop disposé à prononcer facilement le divorce et que le législateur doit s'efforcer plutôt de restreindre la liberté d'appréciation des tribunaux. » M. Hüber a fait lui-même l'aveu de cette imperfection dans la loi en cherchant à la justifier : « On ne peut s'empêcher de convenir, dit-il, qu'il a été impossible de rédiger cette formule générale de manière à enlever au juge toute latitude d'appréciation. Et il ajoute avec une certaine naïveté « qu'il compte sur le sens moral du peuple pour fournir aux tribunaux les points de repère qui leur permettront d'interpréter équitablement la lettre de la loi ». M. Hüber semble d'ailleurs ne s'être pas rendu compte qu'il eût été très facile de satisfaire à l'esprit net-

tement restrictif du Code en fusionnant les articles 139 et 142.

D'ailleurs, faut-il attacher aux mots une importance qu'ils n'ont pas? Ne serait-on pas dupe de ces termes : causes déterminées et cause générale? « Sauf l'adultère et les condamnations, presque tous les autres motifs de divorce sont mi-généraux, mi-spéciaux ou si l'on veut, ils forment une série de gradations partant des faits spéciaux et allant jusqu'à ceux plus généraux. » Il est facile de s'apercevoir que, même avec une formule générale, on peut restreindre davantage le divorce qu'avec des causes déterminées. Prenons, par exemple, le Code prussien ou le Code saxon ou même la proposition de loi des frères Margueritte, et prenons l'art. 1568 du Code allemand. Grâce à ce dernier texte, sera-t-il possible de divorcer pour cause d'impuissance, d'infirmités incurables ou de maladies dégoûtantes? Et même, il pourra arriver que dans la pratique, le juge sera plus large dans le cas de causes spéciales que dans celui de causes articulées en termes généraux, car, dans le 1^{er} cas, il est lié par la constatation de la cause particulière, tandis que dans le second, il a une certaine faculté de refuser le divorce.

A notre avis, toute la question est là : peu importe, à certains égards, le nombre de motifs de divorce ; la question de chiffre est indifférente. Ce que le législateur doit avoir à l'esprit, c'est d'accorder le divorce toutes les fois qu'il est nécessaire aussi bien dans l'intérêt général que dans l'intérêt privé, et de le refuser impitoyablement

lorsque ni l'un ni l'autre de ces intérêts n'est en jeu. Ainsi donc, la question de savoir s'il faut rejeter *a priori* une formule large ne doit pas se poser, et la sagesse indique que « lorsque le législateur, en formulant les règles particulières qui doivent représenter les diverses manifestations de l'idée générale, pourrait empiéter sur la portée du principe, il est évidemment autorisé à donner à la règle générale les préférences sur les prescriptions de détail (Hüber) ».

La Commission de la Société des Etudes législatives n'a pas hésité à adopter une formule large. C'est ainsi qu'il lui a paru utile de reviser l'article 231 de notre Code. « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre, lorsqu'ils sont de telle nature qu'il est certain que le lien conjugal est très profondément atteint et que la vie commune est manifestement devenue impossible. » Cette solution marque un réel progrès dans le sens de la restriction sur notre disposition actuelle. Néanmoins, il nous a semblé qu'elle ne présentait pas encore une précision suffisante pour pouvoir être adoptée. D'ailleurs, ses rédacteurs conviennent eux-mêmes de ses imperfections. Le mot injure qui doit être ici pris dans son sens large, ne serait-il pas encore capable d'entraîner à nouveau, et contrairement au vœu de la loi, la jurisprudence dans les errements du passé ?

3° *Supériorité de la formule allemande sur les autres textes adoptés ou proposés.* — Voici le texte que nous

proposons de substituer à l'art. 231, et qui n'est en somme que l'art. 1568 du Code allemand légèrement modifié.

« Chacun des époux peut agir en divorce lorsque son conjoint, par des violations graves des devoirs résultant du mariage, ou par une conduite déshonorante ou immorale, s'est manifestement rendu coupable d'un tel ébranlement du lien conjugal qu'il est certain que le maintien du mariage ne peut plus être exigé du premier.

Toutefois la demande ne sera pas admise si le mariage n'a pas duré deux ans, ou s'il a duré plus de vingt ans.

Le juge devra prononcer une séparation de corps temporaire qui ne pourra être supérieure à trois ans ni inférieure à un an.

Au cas où il existerait un enfant commun, le juge devra d'office surseoir à statuer sur la demande dans un délai qui ne pourra être inférieur à six mois, ni supérieur à un an. La demande devra être renouvelée. La séparation de corps temporaire sera de trois ans. »

Nous ne nous dissimulons pas ce que cette formule a de doctrinal, de rigide ou de compassé. Par sa terminologie un peu savante, elle se prêtera certainement bien peu à être comprise des masses, et elle imposera forcément à l'interprète la méthode déductive au lieu de la méthode inductive à laquelle nos lois jusqu'ici l'ont habitué. Mais nous avons pensé que tous ces inconvénients sont peu de chose auprès des avantages réels que présente son adoption. D'ailleurs, le juge n'est-il pas un professionnel, doué

de sérieuses lumières juridiques, versé dans la pratique des affaires, et qu'une longue gymnastique cérébrale préparatoire a rompu à toutes les méthodes de raisonnement. N'y avait-il pas lieu, du reste, de rejeter nettement la méthode casuistique qui n'avait produit ici que des résultats déplorables ? Et puis, est-il d'une nécessité absolue qu'un Code soit un véritable ouvrage de vulgarisation, écrit aussi bien pour les justiciables que pour les juges ? Nous l'avons déjà dit, il y aurait certainement là une qualité à rechercher, mais non une condition *sine qua non* à exiger.

Vouloir trop perfectionner est souvent chimérique ou dangereux, et depuis longtemps la sagesse humaine a proclamé que le mieux était l'ennemi du bien. Or, les avantages que présente notre formule, comparativement aux autres textes proposés, donnent à nos yeux une importance toute relative à ces déféctucités secondaires.

Remarquons tout d'abord qu'en s'en tenant au seul texte de la loi, on peut se faire une idée exacte du droit et en prévoir toutes les applications. Car nous l'avons déjà dit, si les faits ne sont pas déterminés, ils sont facilement déterminables ; ils s'imposent au juge qui ne peut commettre ici ni erreur ni défaillance. Sans être, en effet, complètement emprisonné par un texte, celui-ci reçoit non seulement des directions précises, mais encore les conditions intégrales qui doivent dicter sa sentence. Nous visons à la fois dans cet article non seulement la nature des actes que l'on doit reprocher à l'époux coupable ; mais encore le résultat que ceux-ci doivent avoir produit. Et

nous obtenons déjà ainsi une forte restriction aux cas de divorce, puisque pour que des faits aient la valeur d'une cause de dissolution du mariage, il faut que tant par leur nature que par leur résultat, ces faits incriminés puissent rentrer dans la formule. Ceci est une innovation dans nos lois françaises et la Commission de la société des Etudes législatives en a fait également son profit. Néanmoins, elle a eu, à notre avis, le grand tort de ne pas exprimer assez fortement à quel haut degré de mésintelligence il fallait que les époux en fussent arrivés pour obtenir leur liberté. Elle s'est contentée d'exiger dans la finale de son article « que la vie commune fût manifestement devenue impossible ». Il suffit de comparer la finale de notre § 1 avec l'expression, un peu terne, que nous venons de citer pour s'apercevoir nettement de la nuance qui existe entre les deux textes, nuance qui constitue une supériorité incontestable en faveur du nôtre. Un reproche analogue peut être fait à l'art. 142 du Code suisse, qui se contente de déclarer le divorce au cas « où le lien conjugal est si fortement atteint que la vie commune est devenue insupportable ».

Quant à ce qui concerne les faits considérés en eux-mêmes et dans leur nature, il nous a paru que nous ne devions pas les préciser du moment que nous nous décidions à adopter une formule large. C'eût été, à notre avis, illogique. C'est pourquoi nous ne comprenons pas bien la solution admise par la Commission de la société des Etudes législatives. Si le mot injure a une signification

très large, pourquoi avoir énuméré également les excès et les sévices qui rentrent d'eux-mêmes dans cette expression ? Cette manière de faire pourrait laisser supposer que le mot injure est pris dans son sens technique, ce qui est pourtant impossible puisqu'on ne pourrait plus donner la qualification de large à une telle formule.

Mais bien qu'indéterminés, ces faits visés par notre texte sont parfaitement déterminables. Point n'est besoin d'insister à cet égard pour ceux de la première catégorie puisqu'ils constituent des manquements à des devoirs que la loi a précisés au titre du mariage. Quant à ceux provenant d'une conduite immorale ou déshonorante, il sera dans bien des cas impossible au juge de se reporter à une définition scientifique. Celui-ci devra donc consulter l'état actuel des mœurs qui lui serviront de véritables points de repère. Mais, cette consultation n'a rien d'inquiétant pour nous qui sommes partisans du retrécissement du divorce, attendu que l'opinion publique aurait plutôt aujourd'hui une tendance à tout excuser.

Le juge aura néanmoins le devoir impérieux de ne pas baser sa conviction sur un fait isolé, mais sur toute une série de faits constants et pertinents. C'est par divers recoupements, qu'il devra éclairer sa religion. Ce sera, pour lui, le seul moyen de satisfaire au texte qui envisage des violations multiples de devoirs conjugaux et le met particulièrement en garde contre les machinations probables des époux. Car il nous a paru qu'une simple violation même grave des rapports entre époux ne pouvait

(en dehors des causes quasi péremptoires) jamais être un signe certain de l'impossibilité de la communauté d'existence. « Notons qu'il existe pas mal de natures très franches et très bonnes au fond qui ont une grande propension à la colère. Et pendant la crise que de mots violents, que de faits même outrageants pour le conjoint ! Il serait néanmoins ridicule pour le juge de prendre acte d'une aberration momentanée et de rompre le mariage pour une scène de ménage. D'ailleurs, est-ce que toujours la volonté est bien libre ? n'a-t-on pas le plus souvent affaire à un malade que l'autre conjoint a la mission plus généreuse de calmer et de soigner plutôt que de demander la brutale rupture ? D'ailleurs, ces fameuses scènes de ménage résultent bien peu souvent de l'animosité des époux et n'entament en rien les sentiments d'affections que ceux-ci peuvent avoir l'un pour l'autre. Ce sont très souvent des ennuis professionnels ou pécuniaires qui amènent ces crises et les trois quarts du temps la personnalité de la victime n'est en rien visée. Les nerfs s'apaisent et tout revient dans le calme ».

Mais il est bien évident que si ces scènes arrivent à être trop fréquentes, le divorce s'impose.

Et puis le mot si heureux d'ébranlement n'implique-t-il pas toute une série de violations des devoirs conjugaux ? C'est pourquoi nous avons tenu à mettre au pluriel le mot violation de l'alinéa premier de notre article 231, d'autant plus que nous avons pensé, par cela même, pouvoir éviter le retour de ces petites comédies qui se jouent quo-

tidienement. Les époux peuvent machiner un cas de divorce, il leur est difficile d'en machiner une série sans qu'il ne se dégage pas de ces combinaisons d'artifices, quelque invraisemblance qui viendra sûrement éveiller la perspicacité du juge. Bien plus, pour faire cesser une pratique quotidienne et répréhensible, nous avons jugé utile de rappeler au juge que son devoir lui dictait de ne pas se prêter à des complaisances coupables en faveur des époux. C'est pourquoi nous avons inséré dans ce même alinéa premier de notre texte les mots « manifestement » et « il est certain ».

D'ailleurs, le Code suisse n'a pas hésité à consacrer tout un article aux devoirs du magistrat. Entre autres dispositions nous lisons au paragraphe 158, la prescription suivante : « Le juge ne peut retenir comme établis les faits à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps, que s'il est convaincu de leur existence. » La Commission de la Société des Etudes législatives a eu la même pensée et par les mots « il est certain » et « manifestement » que nous lui avons empruntés, elle a fait les mêmes recommandations au juge français.

Ce qui nous a engagé également à adopter l'article 1568 du Code allemand, c'est la façon dont il a su mettre en relief la nécessité de la faute. Nous avons développé plus haut les raisons qui nous ont décidé à introduire cette notion en matière de divorce. Les mots « .. s'est rendu coupable », sont très expressifs à cet égard. L'article 142 du Code suisse ne pouvait ici nous servir de modèle, car il est loin

de se dégager de ce texte la nécessité d'une faute et d'une responsabilité chez l'époux défendeur.

La formule suisse présente à un autre point de vue une infériorité sur la formule allemande, en ce qu'elle n'indique pas si le juge est tenu ou non à examiner l'acte illicite d'une façon subjective. A cause de cette lacune encore, elle permettra un élargissement du divorce, puisque le magistrat sera en droit de penser qu'il peut examiner la cause de divorce d'une façon nettement objective.

Ces deux grosses défectuosités de l'art. 142 sont d'autant plus regrettables, qu'elles n'existaient pas dans le texte primitif qui portait des dispositions presque identiques à celles du texte allemand. « Lorsque le lien conjugal, y lisait-on, est profondément atteint, celle des parties qui sera en état de prouver que la désunion est surtout imputable à l'autre, pourra, en tout temps, demander le divorce, si la continuation de la vie commune met, à dire d'experts, gravement en danger sa santé physique ou sa vie morale. »

Ce texte fut rejeté dans le second projet, mais pour des raisons très particulières et n'ayant rien de commun avec les questions que nous discutons en ce moment. Et les travaux préparatoires laissent supposer que la majorité des législateurs suisses était loin d'être hostile à nos convictions.

Quoi qu'il en soit, ils se sont mis nettement en contradiction avec eux-mêmes, car l'art. 142 permet, par sa ré-

daction vicieuse, un élargissement presque indéfini du divorce.

De notre article 231 se dégage d'une façon très nette cette idée spiritualiste que nous nous sommes faite du mariage. « Ce qui constitue une cause de divorce doit avoir pour conséquence non pas tant une atteinte à la santé morale ou physique de l'époux demandeur qu'une impossibilité de la vie conjugale. On dégage donc le sort du litige des mains des experts, aux avis desquels les tribunaux auraient fini inmanquablement par se ranger. Or, la notion du danger pour la santé serait soumise à de multiples variations d'experts portés à tenir trop exclusivement compte de l'élément individuel et à reléguer à l'arrière-plan les considérations sociales qui ne sont rien moins qu'indifférentes. Le sort du litige se trouve toujours entre les mains du juge, représentant du pouvoir social. Certes, ce dernier devra se préoccuper de la santé physique ou de la vie morale du conjoint demandeur ; mais cette considération ne passera qu'au second plan. Ce qu'il devra surtout examiner c'est si, d'après les circonstances de l'affaire, et d'après la conscience morale du peuple, la Société est en droit d'exiger du conjoint le sacrifice de rester dans une union où il compromet sa santé, sa vie peut-être, si, par exemple, l'intérêt des enfants ou le relèvement du conjoint coupable l'exige. Le juge aura à tenir compte non pas seulement des dires de l'expert mais à consulter sa conscience, et l'intérêt social. »

C'est cette idée belle et féconde, nettement restrictive

du divorce, hautement éducatrice qu'avaient perdu de vue les rédacteurs du projet primitif de l'article 142 dont nous avons donné la teneur.

De plus, ni le libellé du Code suisse ni celui du projet de la Société d'Études législatives n'ont mis aussi bien en relief cette idée de restriction qui doit dominer toute la matière. Par les mots « ne peut être exigée du premier » notre article 231 indique au juge dans quel sens doit se faire son interprétation ; désormais, ce dernier ne trouvera plus dans la loi aucun point d'appui pour excuser son indulgence ou sa faiblesse.

Nous avons également pris soin de trancher, par notre texte, une question pour laquelle la jurisprudence semble n'avoir pas eu d'idées bien nettes. Les termes de notre article « le conjoint qui s'est rendu coupable » montrent d'une façon péremptoire que nous ne voulons admettre comme causes de divorce que des faits postérieurs au mariage. Conformément à l'opinion émise par le Tribunal de Cambrai dans un jugement du 28 mars 1888, nous ne pouvons admettre que des faits antérieurs au mariage (inconduite de la femme, grossesse) puissent, même s'ils ont été cachés au mari, constituer de véritables causes de divorce. Par le fait même de cette dissimulation, il y a eu une erreur qui a vicié le consentement de l'époux trompé au moment de la célébration du mariage. Nous sommes donc ici dans la théorie des nullités de mariage et non dans celle du divorce. Or, il est illogique et dangereux de confondre la nullité du mariage et le divorce, car leurs

effets juridiques sont totalement différents. Enfin, nous avons cru bon d'adopter l'expression « chacun des époux » qu'a employée le Code suisse. Bien qu'à cet égard, il ne puisse y avoir de doute dans l'esprit de nos magistrats, nous avons pensé qu'il n'était pas inutile de marquer d'une façon précise, qu'en matière de divorce l'homme et la femme devaient être traités d'une façon générale, sur un strict pied d'égalité.

En résumé, nous pensons pouvoir réussir, grâce au texte que nous adoptons, à implanter dans l'esprit des masses, une saine notion du divorce.

La loi désormais ne laissera pas dans les cerveaux l'impression d'un flottement permettant de s'imaginer qu'une cause quelconque peut faire dissoudre le mariage. Or, nous ne cesserons de le répéter, « le fondement du mariage et les obligations qu'il comporte, résident dans cette conscience morale. Il faut que chaque citoyen soit pénétré de ce que suivant l'expression du tribun Gillet « la conservation de la Société conjugale doit subsister tant que ses fondements principaux n'en sont pas complètement ruinés ».

CHAPITRE IV

EXAMEN DE LA FORMULE LARGE ADOPTÉE

1° Considérations générales. — Examinons maintenant, dans ses grandes lignes notre article 231. D'une façon générale nous avons divisé en deux catégories les causes relatives de divorce. Nous avons d'abord considéré les différents actes illicites qui apportent au mariage une atteinte directe : ce sont tous les manquements aux devoirs conjugaux définis par les articles 212-213 et 214 du Code civil. Viennent ensuite tous les faits appelés par les auteurs extra-conjugaux et qui sont susceptibles d'apporter au conjoint un préjudice indirect ; ce sont tous les faits provenant d'une conduite immorale ou déshonorante. Certes, nous l'avouons, nous élargissons fortement le divorce comparativement à la loi de 1884. Celle-ci, en effet, avait posé en principe que seules les violations des obligations imposées par le mariage avaient la puissance de faire rompre l'union conjugale et elle n'avait fait d'exceptions que pour certaines condam-

nations. Néanmoins, nous n'avons pas hésité à comprendre dans l'art. 231 tous les faits de la deuxième catégorie. Bien plus notre désir eût été de faire rentrer tous ces faits sous le même vocable de manquements aux devoirs du mariage ; mais nous avons craint de créer ainsi des controverses, étant donnée l'opinion très différente de la nôtre émise par la majorité des auteurs sur ce point. Ceux ci, en effet, sont même allés jusqu'à distinguer encore dans les actes dits extra-conjugaux. Ils ont mis d'un côté les condamnations, les vices, les passions dégradantes, en un mot, tous les actes qui heurtent surtout la morale publique, et de l'autre certains faits spéciaux qui impliquent plutôt de la mauvaise foi d'un époux à l'égard de l'autre ; comme, par exemple : le refus injustifié de célébrer le mariage religieux que l'on a promis au moment des fiançailles, une orientation religieuse donnée aux enfants que rien ne laissait prévoir, le changement de religion après le mariage. Pour nous, ce sont là de pures subtilités. Il y a, dans tous les cas, violation de l'article 212 du Code civil.

Deux raisons nous ont déterminé à donner ainsi droit de cité aux faits provenant d'une conduite déshonorante ou immorale. La première c'est que nous n'avons pas voulu tomber dans l'illogisme, qu'ont commis sans s'en apercevoir les législateurs de 1884. Étant donnée la conception qu'ils se faisaient du mariage, étant donné l'art. 212, n'était-il pas contradictoire d'exclure des causes de divorce tous les faits illicites commis par un des époux dans sa vie personnelle et indépendante ? Nous avons assez in-

sisté sur cette intimité de l'association conjugale, pour n'avoir pas besoin de démontrer le puissant et étroit devoir de solidarité qui s'impose aux époux. *Et jam sunt duo una caro* tout déshonneur de l'un rejaillit forcément sur l'autre ; et l'opinion publique ne juge pas autrement. Qui se ressemble s'assemble, dit un vieux proverbe qui, du reste, a souvent raison. Il est donc indispensable, dans quelques cas particuliers, d'arracher un époux honnête à une déconsidération imméritée : les souffrances morales sont le plus souvent bien plus difficiles à supporter que les souffrances physiques et, seule, une législation inhumaine oserait refuser d'apporter un remède à de tels maux. D'autant plus, qu'en restant dans les liens du mariage, l'époux peut paraître donner une approbation tacite aux actes répréhensibles de l'autre conjoint.

La seconde raison est que c'est justement ce rejet des actes déshonorants ou immoraux comme causes de divorce qui a, en grande partie, déterminé la jurisprudence à sortir de la voie légale. La pratique, en effet, ne tarda pas à montrer au magistrat ce que la loi avait d'étroit et d'imparfait. Et comme cette imperfection se traduisait le plus souvent par des iniquités il aima mieux violer la loi positive que la loi humaine. Et ce fut là le point de départ de cette interprétation d'abord généreuse du texte, mais qui ne tarda pas, suivant l'ordre naturel des choses, à dégénérer en une interprétation d'une excessive indépendance.

C'est pourquoi, profitant des leçons du passé, nous

avons voulu allonger la liste des causes de divorce jusqu'aux limites extrêmes du raisonnable et de l'humain, quitte à soumettre ces causes à une réglementation aussi judicieuse que possible mais très sévère. Car, aux conditions générales imposées par l'art. 231 (préjudice, faute imputable, absence d'un droit) vient également s'ajouter la multiplicité pour ces actes répréhensibles comme pour les violations des devoirs du mariage. Le mot conduite, en effet, est très compréhensif, et implique un état continu et d'une certaine durée.

Après avoir étudié notre article 231 dans ses grandes lignes, examinons-le maintenant dans le détail et voyons s'il est facile, grâce aux directives que nous avons données, de résoudre, sans hésitation, les espèces que la pratique pourra faire surgir. Nous avons dit que tous les faits qu'il renferme étaient facilement déterminables. On pourrait aisément les imaginer ; mais il est plus simple de consulter les répertoires de nos tribunaux et de passer en revue ceux qu'une pratique vieille de 30 ans a mis particulièrement en vedette.

2° *Violation des devoirs conjugaux.* — Sous cette rubrique nous comprenons tout d'abord les excès ou sévices. Nous disons *ou* et non pas *et* ; car, ainsi que M. Planiol, nous n'apercevons pas la différence entre ces deux mots et nous ne voyons, dans le texte actuel qu'une inutile redondance.

La Commission de la Société des études législatives a reproduit également cette erreur de terminologie. Il sem-

blerait, par la distinction qu'elle a faite entre ces deux vocables, qu'elle ait voulu établir une hiérarchie entre eux. Conformément, en effet, à l'opinion de beaucoup d'auteurs modernes, les sévices seuls seraient capables de mettre en danger la vie et la santé du conjoint. Mais étymologiquement, cette opinion ne repose sur rien, car sévices exprime des actes de cruauté et excès des actes abusifs. Pothier englobait dans la même expression de mauvais traitements ce que nous appelons les excès et les sévices. Si l'on veut hiérarchiser certains faits, il faut recourir à des expressions plus adéquates. C'est ce que nous avons fait en mettant d'un côté les excès et de l'autre les attentats à la vie du conjoint. Mais alors la logique impose de ne pas attacher la même conséquence à ces deux catégories d'actes et c'est pourquoi nous avons rangé ceux de la seconde catégorie parmi les causes quasi péremptoires de divorce. Et comme nous affaiblissons certainement le sens donné à excès par les rédacteurs de notre loi de 1884, nous pouvons ranger ceux-ci parmi les causes relatives de divorce où par la qualification de graves et le résultat à produire qui leur sont imposés, nous les soumettons à des conditions très rigoureuses. Rentre également dans notre article 231, l'injure prise dans son sens strict, celui qui lui a été donné par la loi du 29 juillet 1881. Sous ce verbe, se cache toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui attribue à une personne une qualité ou un caractère déshonorant. A la différence des mauvais traitements qui supposent l'atteinte maté-

rielle au corps ou à la santé, l'injure est une offense ou un outrage à la dignité, à la considération d'autrui. Nous repoussons l'autre définition donnée par la jurisprudence et acceptée par la doctrine. Nous n'admettons pas comme M. Baudry-Lacantinerie, qu'à côté des véritables injures verbales ou écrites existent des injures réelles qui sont des actions, c'est-à-dire des fautes conjugales.

Nous rejetons *a fortiori* le sens qui a été donné au mot injure de tout acte fait sans droit. Bien qu'il soit étymologique, ce sens n'a rien de technique et, par suite de son imprécision, il a grandement contribué à égarer notre jurisprudence.

C'est surtout pour les injures que le juge devra tenir compte de la subjectivité de la faute. Pothier raisonnait juste quand il disait : « Un coup de poing ou un soufflet qui pourrait être une cause de séparation de corps entre personnes de condition honnête, n'en est pas entre gens du bas à moins qu'il n'ait été souvent réitéré. » Si de telles distinctions de classes ne sont plus à faire, à l'heure actuelle, il n'en est pas moins vrai que le juge devra prendre ici en considération la nature plus ou moins délicate, l'éducation plus ou moins raffinée des époux. En tout cas, d'ailleurs, nous exigeons toujours des injures réitérées, plus rigoureux en cela qu'un arrêt de cassation du 22 juin 1880 disant qu'une injure isolée pouvait être capable de devenir une cause de divorce si des circonstances sont venues lui donner un caractère de gravité particulière.

Est-il besoin d'examiner les différentes manifestations de l'injure ? Elle apparaît tantôt par parole, tantôt par écrit c'est-à-dire par lettre missive, par voie d'insertions dans les journaux, par voie de plaintes en justice, par voie d'articulations dans la procédure. C'est surtout dans ces derniers cas que le juge fera bien de se mettre en garde contre une collusion fréquente entre époux, collusion qui peut aboutir à faire prononcer un divorce par simple consentement mutuel. « On ne saurait croire combien est fertile l'imagination des plaideurs et de leurs conseils qui se donnent autant de peine à passer au travers des textes, que le législateur a pris de soin pour les composer. » Nous l'avons dit, nous devons au moins empêcher le juge d'être le complice de ces tabarinades et c'est pourquoi nous lui avons fait un devoir de ne se prononcer qu'avec une intime conviction de l'existence des griefs invoqués. D'ailleurs, il serait même très facile, avec l'organisation judiciaire que nous proposons, d'arriver à découvrir les avocats ou hommes d'affaires qui ont l'habitude de conseiller à leurs clients des procédés répréhensibles et de chasser les marchands du temple. La diffamation rentre également dans l'art. 231, puisque c'est une injure, même une injure aggravée. Son sens ne peut se prêter à aucune controverse ; c'est un fait précis, légalement défini comme toute atteinte à la considération de la personne. Les simples menaces seront inopérantes pour servir de causes de divorce puisque la menace n'est même pas le commencement d'un acte. Mais nous ne parlons pas de l'attentat à

la vie, ni de la séquestration arbitraire et volontairement méchante d'un conjoint par l'autre. Ces deux faits qui violent au plus haut degré les obligations nées du mariage nous ont paru devoir être considérés comme des motifs absolus de divorce.

Il faut également considérer comme compris dans notre article 231, les diverses violations du devoir de fidélité autres que l'adultère. Ce délit, nous le verrons plus loin, est un fait très précis, dont la preuve est difficile à administrer. A moins de prendre les amants coupables, *in ipsis rebus veneris*, il est, peut-on dire, impossible de convaincre le juge de la trahison de son conjoint. Or, il y a une multitude de faits qui, sans avoir la gravité de l'adultère, finissent néanmoins à cause de leur répétition, de leur publicité, par rendre la vie intolérable à l'époux innocent. Certaines législations anciennes l'avaient si bien compris, qu'elles avaient assimilé à l'adultère les légèretés de conduite, les inconséquences, les attitudes louches, les actes de coquetterie qui font présumer une infidélité prochaine ou sont la manifestation d'une infidélité consommée. Le vieux Code prussien était très original à cet égard. Néanmoins, le juge devra faire preuve, dans tous ces cas, d'une grande prudence, d'une grande perspicacité. Il devra se rendre compte si ces actes ne sont pas de simples taquineries. Il faudra qu'on lui apporte des faits nets, précis, concordants, ce qui sera la plupart du temps très facile lorsqu'il s'agira d'un adultère avéré, mais qui n'a pu être juridiquement

démontré. Parmi les espèces sur lesquelles les tribunaux ont eu le plus souvent à se prononcer, il nous faut citer l'inconduite du mari caractérisée par des absences continues du domicile conjugal et des tentatives d'adultère. Il est très certain que bien souvent le juge n'a pas agi avec la circonspection dont nous lui faisons une loi. Il n'a pas assez tenu compte de ce sentiment de jalousie si commun chez les jeunes époux, sentiment qui finit par leur dénaturer les actes les plus inoffensifs et les plus insignifiants et leur suggérer les choses les plus invraisemblables. Désormais, mieux averti et mieux dirigé, il ne prononcera le divorce que dans les cas où l'utilité sociale rendra cette mesure légitime.

Le refus volontaire du devoir conjugal doit-il être une cause relative ou péremptoire du divorce? Telle est la question qui se pose à l'heure actuelle, étant donné le silence de nos lois. On peut se demander si c'est par pudeur ou bien à cause de la difficulté de la solution que cette question n'a pas été abordée. Certains juristes ont vu dans cette abstention, une sorte d'abandon moral, car, même en faisant abstraction des besoins sexuels dont le mariage est chargé d'assurer la satisfaction, il y a certainement là, pour l'époux sacrifié, une source de froissements qu'avive et renouvelle chaque jour la promiscuité d'une vie intime. Mais est-il possible, en fait, d'apporter la preuve de cet acte négatif? Faudra-t-il s'en rapporter aux aveux même des deux époux. Mais alors, n'y aura-t-il pas à craindre des collusions toujours possibles et l'aveu

est-il de règle dans les matières touchant à l'ordre public? Quoi qu'il en soit, on doit admettre que cette preuve puisse, dans certains cas, s'établir.

Dans ces hypothèses, doit-on suivre la jurisprudence actuelle et faire du refus du devoir conjugal, une véritable cause déterminée de divorce? « La majorité des tribunaux, en effet, reconnaît que l'abstention des relations sexuelles constitue à elle seule et indépendamment de circonstances aggravantes, pourvu qu'elle soit volontaire et persistante, une cause de divorce toutes les fois qu'elle ne trouve pas sa justification dans les faits qui l'ont provoquée. Un arrêt de Besançon du 26 juillet 1889 met bien en relief cette doctrine. « Attendu, dit cet arrêt, qu'à l'âge des époux cette abstention constitue par elle seule et sans qu'il soit besoin de relever d'autres circonstances, une injure des plus graves vis-à-vis d'une femme bien constituée et irréprochable, à moins que le mari ne démontre que sa volonté y soit restée étrangère. » Notons que l'arrêt n'a pu s'empêcher de faire mention des deux circonstances aggravantes tirées l'une de l'âge des époux et l'autre de la conduite irréprochable de la femme.

En tout cas, par la nature même des choses, il se mêlera toujours à cette abstention des autres faits complémentaires ou étrangers, dont on sera bien obligé de tenir compte et qui constitueront soit des motifs d'aggravation, soit des excuses. Et ainsi l'on est amené à ne voir dans ce refus du devoir conjugal, qu'une cause relative de di-

vorce contenue dans la formule large de l'art. 231. Il faudra, pour qu'un divorce soit possible, que des causes aggravantes viennent renforcer ce motif par lui-même inopérant. « Ces circonstances pourront être une longue durée, des injures, des imputations calomnieuses, car très souvent, l'époux coupable fait courir le bruit pour justifier sa conduite, que son conjoint est atteint d'une maladie ou ne jouit pas d'une conformation normale. » Mais de plus, il faudra, en outre, examiner si l'époux coupable n'a pas à invoquer certains faits justificatifs qui pourraient atténuer ou même effacer complètement sa culpabilité.

De même encore l'abus du coït et la perpétration par le mari de pratiques honteuses sur sa femme, permettront le divorce si les conditions de l'article 231 sont remplies. Il n'y a pas, ici, à objecter que le mari ne fait en cela, qu'user de son droit d'autorité sur son épouse. La puissance maritale est un droit parfaitement limité par la raison et les lois naturelles.

Dès qu'il y a abus d'un droit, il n'y a plus de droit. Bien plus même, il est incontestable qu'au cas où, par suite de conformité disproportionnée des époux, les rapports conjugaux imposés, malgré elle, à la femme ne pourraient être pour elle qu'une souffrance et un danger, celle-ci peut demander le divorce. Néanmoins, les tribunaux auront d'autant plus à apporter de réserve dans l'examen des rapports entre l'homme et la femme que celui-ci devra nécessairement encourir les peines portées

à l'art. 333, C. P., au cas où il serait convaincu d'avoir fait subir à son épouse des actes contraires à la fin légitime du mariage. Mais il reste bien entendu, qu'il n'y aura violation des devoirs nés du mariage ou conduite blâmable du mari que si ces mauvais procédés envers la femme prennent un caractère d'habitude et que si celle-ci a toujours eu une répulsion constante pour ces pratiques. Il est évident qu'il n'y aurait pas à hésiter à rompre le lien conjugal au cas où le mari aurait employé des procédés immoraux pour arriver à ses fins.

Que dire de la non consommation du mariage? Dans le silence du Code, la jurisprudence a dû encore ici suppléer à la loi. Quelques décisions judiciaires ont fait de ce motif une cause de divorce grâce au procédé habituel de l'injure grave; mais remarquons qu'elles n'en ont pas fait une cause péremptoire « puisque la présomption d'injure, qu'elles ont attachée à cette abstention est toujours susceptible de la preuve contraire ». Dans la majorité des cas il n'y a eu, pour nos tribunaux, que controverse et obscurité. Pourtant, c'est une question qu'on avait agitée au moment de la rédaction du Code. Le premier projet de M. Naquet admettait la rupture du mariage même en cas de non consommation involontaire. Cette disposition a disparu et à juste titre; car ici nous sommes en présence d'une maladie passagère de l'époux et dont la guérison amènera tôt ou tard le rapprochement des époux ou nous sommes en présence d'une impuissance fonctionnelle ou d'une mauvaise conformation des

organes sexuels, et alors il y a eu erreur sur les qualités de la personne du conjoint, ce qui devrait constituer, à notre avis, un cas de nullité du mariage, comme l'admet le droit canonique.

Enfin au cas où cette consommation du mariage est volontaire nous retombons dans le cas déjà examiné plus haut, du refus systématique du devoir conjugal.

De nombreuses controverses se sont élevées dans la jurisprudence sur la question de savoir si le divorce peut être accordé à la femme au cas où son mari refuserait de la recevoir dans son domicile. On peut prétendre, en effet, que ce refus ne saurait être justifié, la vie commune étant une obligation essentielle, dont une séparation de corps régulière seule peut dispenser les époux. On peut soutenir, au contraire, qu'il est permis d'admettre la justification de ce refus et en ce sens il existe de nombreux arrêts : (Paris, 9 avril 1875 ; Alger, 23 avril 1893 ; Montpellier, 16 janvier 1902). Nous sommes de l'avis de ces Cours d'Appel. Certes les devoirs nés du mariage ne doivent pas avoir une importance égale ; ils sont susceptibles de plus ou de moins. Mais qu'importe ! pourquoi les plus importants ne pourraient-ils pas se justifier ? C'est au juge à examiner l'importance de ces faits justificatifs qui, eux aussi, ont plus ou moins de poids et à établir une comparaison entre le devoir violé et l'excuse.

Que dire au sujet de la tentative faite par le mari de prostituer sa femme ? Ce motif pourtant fréquemment invoqué dans la pratique n'a jamais été consacré par au-

cune législation, même par les vieilles législations allemandes si matérialistes. Chose curieuse, la question n'a même pas été posée lors de la discussion du Code impérial allemand. Pour nous, c'est encore un des cas particuliers de notre article 231, car il bien évident qu'il n'y aura matière à divorce que si les tentatives se sont multipliées et ont revêtu un tel caractère de violence qu'elles ont rendu la vie commune insupportable à la femme. Et remarquons-le bien, en envisageant ce cas, nous ne sortons pas du cycle des manquements aux devoirs du mariage. Le mari, de par l'article 212 de notre Code, doit assurer à sa femme une protection aussi bien morale que matérielle et en cherchant à prostituer sa femme il a directement violé cet article.

C'est encore à notre article 231 qu'il faudra avoir recours au cas de violation par la femme de son devoir d'obéissance. En l'état actuel de la jurisprudence, la solution est très simple quand il existe des circonstances atténuantes. Il est certain qu'on ne saurait équitablement reprocher à une femme d'obéir à un ordre humiliant de son mari, ce qui constituerait pour ce dernier un abus flagrant d'autorité ! Mais les tribunaux sont indécis lorsqu'il s'agit d'un simple fait dénué de circonstances extérieures. Grâce à notre article 231 le juge saura qu'un simple fait d'insubordination est inopérant et qu'il faudra, comme l'ont recommandé déjà de bons auteurs, M. Carpentier entre autres, qu'à des actes d'insubordination répétés viennent se joindre des circonstances aggravantes

ne permettant pas d'exiger le maintien du lien conjugal.

Une question assez délicate à résoudre est celle de savoir si l'on doit considérer comme des motifs de divorce, les allégations injurieuses faites au cours d'une instance. La jurisprudence a eu très souvent à se demander s'il y avait là des griefs suffisants pour faire triompher au profit de l'époux attaqué une demande reconventionnelle. Certes, nous sommes en présence de véritables outrages, de violations manifestes de l'art. 212 du Code civil puisque les conjoints sont encore incontestablement en état de mariage. « Mais le juge ne devra pas oublier qu'il a le devoir d'examiner si les besoins de la demande ou de la défense ne nécessitent pas une telle conduite. » D'après les principes généraux que nous avons exposés, il aura donc à rechercher si ces injures sont ou non fondées et si elles ont été proférées par l'époux lui-même ou ses mandataires ou par ses avocats. Il serait, en effet, injuste de retenir des allégations auxquelles le conjoint n'aurait même pas donné un assentiment tacite.

3° *Conduite répréhensible des deux époux.* — En admettant cette deuxième série d'hypothèses, nous avons étendu largement le champ d'application de la loi de 1884. Certes, il est incontestable que cette loi avait entrevu qu'il était nécessaire d'accorder le divorce, pour les actes illicites commis par un époux dans sa vie personnelle et indépendante. Mais, sur ce point, elle avait reculé devant les conséquences du principe qu'elle posait et son ar-

ticle 232 ne prévoyait que les condamnations encourues par l'un des conjoints. Et encore parmi ces condamnations ne fit-elle qu'un choix arbitraire. Il était donc de toute nécessité de faire cesser cet illogisme, qui dans la pratique ne pouvait aboutir qu'à de flagrantes iniquités. Plus conséquent avec nous-même, nous admettons toutes les causes qui directement ou indirectement portent un préjudice considérable à l'un des conjoints. Nous avons d'autant plus le droit d'agir ainsi, qu'un progrès réel s'est opéré dans l'éducation des masses, depuis une vingtaine d'années, amenant un raffinement dans les délicatesses et dans les susceptibilités.

Dans l'examen des faits contenus dans la deuxième partie de notre formule large, commençons par les plus graves, c'est-à-dire par ceux qui sont prévus et réprimés par la loi pénale.

Éliminons tout de suite, pour les ranger dans la classe des causes déterminées de divorce, les infractions ayant donné lieu à une condamnation à une peine afflictive et infamante.

Notre article 231 contiendra donc d'abord tous les crimes et tous les délits restés impunis ou non qui jettent cependant sur leur auteur une déconsidération justifiée, et suscitent chez le conjoint honnête une profonde répulsion pour le coupable. C'est ainsi que figureront à titre de causes relatives de divorce, le vol, l'abus de confiance et l'escroquerie. Mais bien plus, il faudra encore ranger dans cette catégorie d'hypothèses certains actes qui, non prévus

par la loi pénale, sont fortement réprouvés par l'opinion publique. En un mot, en ce qui concerne notre art. 231, ce n'est ni la condamnation en elle-même, ni le fait d'avoir été prévu par la loi pénale, qui doit être pris en considérations dans l'examen de l'acte répréhensible. Ainsi la pédérastie qui n'est pourtant pas un délit devra contribuer bien plus que l'escroquerie ou le vol à décider le juge à rompre le lien conjugal, car dans le premier cas l'atteinte au conjoint est beaucoup plus intime et directe que dans le second ; d'ailleurs, une femme pourra-t-elle surmonter, malgré toute sa bonne volonté, l'aversion que lui aura inspirée un mari homosexuel ?

Inversement, le bannissement, qui est une peine infamante ne pourra jamais être cause de dissolution du mariage. Bien plus une femme qui refuserait de suivre son mari en exil, pourrait par ce refus fournir à celui-ci une base d'action en divorce. Mais c'est ici qu'il faudra surtout, pour le magistrat, se placer à un point de vue nettement subjectif et prendre en considération la condition et l'éducation des époux ; il faut que la continuation de la vie conjugale soit rendue impossible non pas d'une façon absolue, mais relativement au demandeur. C'est pourquoi nous avons admis qu'une condamnation pouvait, dans certains cas, ne pas entraîner le divorce alors qu'au contraire cette conséquence était susceptible de se réaliser indépendamment de toute répression pénale. Même en cas d'infraction très graves, méritant une sévère punition, il pourrait se faire que le divorce ne soit pas accordé à

l'autre époux, si celui-ci a pris part au délit, y a donné son assentiment ou s'est rendu coupables d'actes analogues. Il en serait de même également au cas où le conjoint aurait provoqué, même d'une manière indirecte, le fait incriminé. Il y a ici une relativité à observer, qui permet de faire entrer en ligne de compte la compensation des torts, compensation que nous excluons d'ailleurs rigoureusement, au cas des causes déterminées de divorce. Combien voit-on des maris, en effet, qui commettent les pires forfaits uniquement par amour pour leur femme ? Combien sont poussés dans la voie du crime pour satisfaire aux exigences de plus en plus pressantes de leurs épouses ?

Serait-il humain, serait-il même juste de permettre à la femme d'abandonner son mari à l'heure de l'expiation ? N'at-elle pas été la cause unique et directe de sa chute et n'est-elle pas mal fondée à se plaindre d'une flétrissure qui équitablement doit rejaillir sur elle ?

Passons maintenant aux passions dégradantes. C'est véritablement à leur sujet que la jurisprudence, faute de directive sérieuse, a donné lieu non seulement à l'incohérence et à l'arbitraire, mais encore à l'indulgence la plus coupable. S'en tenant au principe de l'injure, certaines décisions ont déclaré que les habitudes de jeu et de dépense ne constituaient pas à elles seules des injures graves (Paris, 9 février 1894), pas plus que l'oisiveté du mari, quelque répréhensible qu'elle puisse être (Bruxelles, 13 décembre 1887), mais la majorité des tribunaux s'ac-

corde à reconnaître que la paresse et le jeu, quand ils vont jusqu'à détourner l'époux de ses devoirs doivent motiver le divorce. Jugé en ce sens, que le fait par un mari de dissimuler sa fortune et de contraindre la femme par ses agissements à entreprendre un commerce, en son nom, constitue une injure grave (Riom, 10 mai 1876). Jugé de même qu'est injurieuse pour une femme la conduite du mari qui la délaisse, déserte le foyer pour aller satisfaire dans un tripot la passion du jeu (Poitiers, 5 novembre 1896). Même solution en cas d'ivrognerie. Cette dernière question s'est souvent posée devant les tribunaux français ou belges et il n'en est que de très rares qui déclarent nettement que l'ivrognerie ne saurait à elle seule, et lorsqu'elle n'est pas accompagnée de circonstances aggravantes, constituer une injure grave. Néanmoins, même si elle s'en était tenue à la notion d'injure, la jurisprudence aurait pu être plus restrictive : puisque d'une façon générale on ne doit considérer comme injurieux que des faits dénotant chez leur auteur un sentiment de mépris ou de dédain, traduit d'une façon expresse ou tacite. Elle aurait dû se rendre compte également qu'un des premiers devoirs des époux est de supporter mutuellement leurs défauts, de tâcher de les corriger, d'en diminuer le plus possible les conséquences et cela d'autant plus que, dans bien des cas, l'un des époux a abandonné l'autre à son mauvais penchant. Deux arrêts belges, l'un de Liège du 24 juillet 1872, l'autre d'Anvers du 26 mai 1867, ont pourtant solutionné

la question d'une façon définitive. Ils ont décidé que « bien qu'il soit incontestable que le vice d'ivresse auquel s'adonne la femme soit une cause de troubles et de peines pour le mari, et un mauvais exemple pour les enfants, ce vice n'engendre pas l'injure grave et caractérisée qui peut donner lieu à la dissolution d'un contrat, lequel engendre pour les époux l'obligation de supporter leurs défauts et de ne rien négliger pour y porter remède et en diminuer les conséquences ». Il convient de signaler, sous un autre arrêt de Liège de 1872, la note du substitut du Procureur général. « Ma raison et mes instincts se refusent à admettre la possibilité pour un époux de dégager sa foi et de s'affranchir sans retour des liens du mariage, pour cause d'ivrognerie de l'autre conjoint, et, comme ministère public, je dois m'élever avec énergie contre une théorie qui fait du mariage un véritable jeu, une simple association de joies et de plaisirs qui le dépouille par là de tout ce qu'il a de noble et de grand. Car ce sont précisément les sacrifices, les mécomptes qu'il impose qui en font la grandeur et je dirai la sainteté. Un mari s'adonne à l'ivrognerie et sa femme que le dégoût prend, veut se soustraire à la vie commune ! Mais de deux choses l'une : où il était ivrogne, avant le mariage, et alors pourquoi a-t-elle consenti à l'épouser. Il n'est pas de vice qu'on puisse si difficilement dissimuler. Ou bien le vice s'est déclaré après le mariage et alors qu'elle interroge sa conscience et souvent celle-ci la condamnera. En tout cas, si elle est bonne épouse, elle se gardera bien de céder à

ses répugnances ou à son dégoût. » Le problème se posera avec une difficulté plus grande, quand l'ivrognerie aura dégénéré en alcoolisme.

L'alcoolisme a des effets individuels et sociaux, particulièrement graves. « Cette maladie revêt chez celui qui en est atteint les formes les plus dangereuses : forme nerveuse se traduisant par la dépression ou le collapsus, aggravation des autres affections quelles qu'elles soient : Barbier a observé à l'hôpital Bichat que 80 0/0 des tuberculeux sont des alcooliques. Mais c'est surtout sur le système nerveux que l'ivresse commet ses ravages, elle est la cause la plus générale de la paralysie et de la démence. Claude dans les Vosges, Magnan à Paris, ont constaté que 20 0/0 d'aliénés étaient des alcooliques. Les médecins anglais donnent le même chiffre. »

Mais bien plus, les travaux des physiologistes ont mis en lumière la déchéance profonde qui frappe la postérité des alcooliques : « Enorme mortalité infantile, rejets marqués de stigmates de la dégénérescence, à malformations organiques, présentant même des monstruosités. Legrand qui a pu suivre 215 familles d'alcooliques a trouvé à la 1^{re} génération 508 individus affectés de tares héréditaires : asymétrie de la face et du crâne, strabisme, surdité, surdi-mutité, cécité congénitale, anomalies dentaires, déviations de la colonne vertébrale, et 196 sujets atteints de dégénérescence psychique (aliénation, épilepsie, hystéro-épilepsie, névropathie). » Est-il possible d'exiger de l'époux tempérant une co-habitation qui peut

être si préjudiciable à lui-même et à sa descendance ? Il est indiscutable que nous sommes ici en présence d'une maladie qui a comme particularité de procéder le plus souvent d'une faute inexcusable de celui qui en est atteint. Ainsi donc, chaque fois que cette faute sera prouvée, il y aura lieu d'appliquer notre article 231. C'est en somme la solution admise par un arrêt de Besançon du 18 décembre 1896, disant que des crises de délire aigu nécessitant des internements successifs constituent une injure grave, lorsqu'il est établi que ces accès d'aliénation mentale proviennent d'alcoolisme et que c'est par sa volonté persistante que le mari s'enivre.

Notre théorie se trouve avoir ici une portée sociale d'autant plus haute qu'en présence des progrès du fléau, elle répond à une nécessité de jour en jour plus impérieuse.

Notre article 231 s'appliquera de même en cas d'abus de morphine, d'opium, passion du jeu faisant perdre toute dignité à l'époux qui en est atteint, paresse, quand toutes ces passions dégradantes arrivent à rendre le foyer inhabitable. Mais il est bien entendu qu'un simple préjudice matériel serait inopérant à faire prononcer le divorce.

Les tribunaux pourront, suivant les circonstances, appliquer l'art. 231 lorsque l'un des époux, fût-ce même le père, prostitue ses enfants ou les incite à la débauche. La puissance paternelle ne doit s'exercer que dans les limites de l'honnêteté, et de plus l'époux innocent peut être for-

tement atteint à la fois dans sa dignité personnelle et dans ses affections les plus chères, ce qui peut lui rendre, suivant les cas, la vie commune absolument intolérable.

On doit considérer comme cause relative de divorce, le fait pour l'épouse de se prostituer ou d'entrer dans une profession deshonnête. Y voir une cause absolue de dissolution du lien conjugal serait une grave erreur que le Code impérial de 1900 n'a pas voulu commettre. Ce motif de divorce avait pourtant ce caractère dans les vieilles lois prussiennes et saxonnes, et il s'était glissé tel quel dans les trois premiers projets de réforme du Code impérial allemand. « On fit très justement remarquer, à ce sujet, le danger possible de collusion entre époux, et la circonstance que dans la pratique, il y a entre ces derniers, entente à exercer le métier infamant. »

Mais, voici toute une série de cas dans lesquels la jurisprudence s'est montrée particulièrement hésitante, faute comme nous l'avons dit déjà bien des fois, de fil directeur bien sûr pour la guider dans ses décisions. « Il y a eu non seulement des tendances jurisprudentielles diverses provenant de ce que les tribunaux n'acceptaient pas tous la notion de l'intention dans l'acte incriminé de l'époux défendeur, mais encore, il y a des jugements contradictoires provenant de la divergence des juges dans l'admission de la faute. Beaucoup de ceux-ci, en effet, éliminant l'élément faute dans l'appréciation des motifs invoqués n'ont plus songé qu'au préjudice subi par l'époux

défendeur quelle que fût la culpabilité du demandeur, celui-ci fût-il même dans son droit. » Etant donnés les principes très nets que nous avons posés, il n'y a plus lieu à controverse. Ainsi, il est toute une série d'événements qui peuvent atteindre le conjoint moralement lorsque l'un des époux froisse, par sa conduite, les idées politiques ou religieuses de l'autre. Les tribunaux ont eu fréquemment à s'occuper du cas où le mari s'est refusé à la célébration du mariage religieux. Il est indéniable que le conjoint qui a des convictions religieuses doit souffrir très vivement de se trouver dans une situation qui ressemble pour lui à un concubinage. Eh bien là, cependant, il ne peut y avoir lieu à divorce. L'époux athée ou libre-penseur ne viole aucune obligation du mariage ; de plus, il n'excède en rien son droit « en s'opposant de se prêter à des formalités jugées par lui inutiles : or, ses scrupules sont aussi sacrés, aussi respectables que ceux de l'autre ; il ne peut y avoir lésion dans le sens juridique du mot puisqu'il n'y a ni absence de droit, ni abus de droit ». La question serait-elle changée s'il y avait eu promesse formelle du mari avant les fiançailles ? Certainement, il y aurait dol de la part de celui-ci. Mais, faut-il considérer le dol comme une cause de divorce ? nous ne le pensons pas. La vieille formule de Loysel disait avec sagesse : « En mariage, trompe qui peut », et l'expérience montre qu'il serait bien imprudent d'introduire dans une législation une pareille cause de divorce ; d'ailleurs, ni notre jurisprudence, ni aucun droit étranger n'ont envisagé le dol

comme capable de briser l'union conjugale. Du reste, y aurait-il même préjudice moral causé à la femme, la loi civile ne peut en tenir compte et *a fortiori* le juge.

Examinons maintenant le cas de dissentiments religieux survenus pendant le mariage et manifesté soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée à des enfants par l'un des époux, malgré l'autre ou à l'insu de l'autre. Ces motifs ont été quelquefois considérés soit par notre jurisprudence soit par des législations étrangères comme des causes de divorce, M. Naquet, même en 1884, avait proposé de les introduire dans la loi nouvelle.

En ce qui concerne le mari, il y a pas lieu de s'arrêter à ces questions. « Le mari en imposant sa volonté dans le choix de la direction spirituelle à donner aux enfants ne sort pas des limites de son droit de puissance paternelle, droit d'ordre public auquel il n'a même pas la faculté de renoncer. La femme, au contraire, violerait gravement le devoir d'obéissance qui lui est imposé si elle faisait, par exemple, baptiser ses enfants contrairement à la volonté du père, alors même que l'union conjugale eût été consacrée par l'Eglise. » Et telle est pourtant l'incohérence de la jurisprudence, que nous voyons celle-ci contrairement à sa tendance habituelle à élargir le plus possible le divorce, se refuser la plupart du temps à voir dans cette désobéissance une injure grave pour le mari.

Quant aux abjurations de foi ou aux changements de religion des époux, il est incontestable que le législateur

français ne peut y voir que l'exercice tout à fait normal d'un droit intangible, éminemment personnel et absolu. Il serait même illégal au dernier chef de considérer, comme en Serbie, l'abjuration de la foi comme une cause de divorce. Nous sommes persuadé, d'ailleurs, que personne n'oserait alléguer un pareil motif devant nos tribunaux et la chose se présenterait-elle, il n'y aurait aucun doute sur la solution qui serait donnée à la question.

Une hypothèse qui, par contre, est susceptible de se présenter fréquemment chez nous est celle où le mari porte atteinte à la liberté de conscience de la femme en l'empêchant de pratiquer sa religion.

Il est incontestable qu'il y a abus de l'autorité maritale, mais encore faudrait-il pour satisfaire aux conditions de notre article 231 que la femme puisse prouver qu'il y a eu véritable violence morale exercée à son égard et qu'elle n'a jamais négligé de remplir consciencieusement ses devoirs d'époux et de mère.

Abordons maintenant le cas où l'un des époux a dissimulé à l'autre conjoint une condamnation infamante subie par l'un des membres de sa famille.

Ici, il ne peut y avoir d'après nous, motif à divorce. Le mariage n'impose pas à un des conjoints le devoir de divulguer à l'autre les fautes de ses propres parents. Cet époux de plus peut avoir des raisons de délicatesse pour faire le silence sur des actes qui ne le regardent en somme qu'indirectement. Ne pas adopter une telle manière de voir c'est ne pas admettre la personnalité de la condamna-

tion et prétendre qu'elle doit forcément rejaillir sur les tiers.

Que dire du refus du mari de laisser renvoyer un domestique qui s'est montré inconvenant envers la femme ? La jurisprudence est contradictoire encore sur ce point : un arrêt de cassation du 30 novembre 1893 et un jugement du tribunal civil de la Seine du 14 novembre 1893 donnent des solutions différentes. D'après nos principes, n'y a pas lieu à application de l'art. 231. Le mari, chef du ménage, doit avoir le dernier mot. D'ailleurs, l'inconvenance du domestique peut trouver sa justification dans les provocations de la femme et le mari peut avoir des motifs très légitimes de ne pas se séparer d'un bon serviteur. Mais on devrait faire droit à la demande de la femme si cette dernière pouvait alléguer contre son mari un adultère ou des tentatives d'adultère avec une domestique, par application des articles 229 ou 231 de notre texte.

L'émigration du mari ne peut évidemment rentrer dans le cadre de l'article 231, car, chef de l'association conjugale, celui-ci peut transporter où bon lui semble le domicile commun, et le refus par la femme de suivre son mari pourrait même servir de motif de divorce contre elle pour violation des plus graves des devoirs nés du mariage. « Mais il faut, néanmoins, que le mari offre à la femme une communauté d'existence en rapport avec ses ressources pécuniaires, sa condition sociale et son éducation. »

Quant au refus pour un mari de recevoir chez lui les

parents de son épouse, il est évident qu'il est impossible de voir dans cet acte un motif de divorce. Il y a à cela une raison péremptoire. Le mari ne fait qu'user, dans cette hypothèse, du droit absolu qu'il a d'interdire à qui que ce soit l'accès de son domicile. Mais de plus, il ne viole pas un devoir né du mariage puisque l'interdiction n'est pas dirigée contre la femme.

Tout autre serait la question, s'il défendait à cette dernière de voir sa famille. La femme a ici à faire valoir un droit qui est aussi légitime et aussi respectable que peut l'être la puissance maritale ; le droit du mari se trouve donc nécessairement limité puisque sans cela il s'opposerait à l'exercice d'une faculté reconnue à la femme. Mais néanmoins il y aurait lieu encore d'examiner si, dans l'espèce, l'époux n'a pas à reprocher aux parents de son épouse de donner à cette dernière une direction politique, économique ou religieuse, contraire à ses vues personnelles. Dans ce cas, il n'y a pas à discuter. Responsable de la direction matérielle et morale de l'association conjugale, le mari a le droit et le devoir d'empêcher que des atteintes soient portées à l'exercice de son droit marital. S'il n'a pas la faculté d'imposer à sa femme ses idées personnelles, il a du moins le droit absolu d'obliger celle-ci à les respecter. Et ce droit est plus légitime encore vis-à-vis des tiers. Du reste étant donnée la conception que nous avons de l'union conjugale, nous ne pouvons admettre qu'une direction étrangère vienne rompre l'intimité spirituelle de cette société.

Dans ces sortes de ménages à trois, que deviendrait cette autorité morale du mari qui est la base de son autorité juridique ? Le mari jouit donc d'un véritable droit de défense et il pourrait sans crainte invoquer le bénéfice de notre art. 231, si sa femme persistait dans des fréquentations jugées par lui dangereuses ou nuisibles.

Il serait impossible de clore la liste de tous ces faits implicitement compris dans notre article 231. Il y a des cas inimaginables, extraordinaires, qui nous sont donnés particulièrement par des législations qui admettent la séparation de corps.

« Comme ici les motifs allégués ne vont pas jusqu'à la rupture du mariage, le magistrat s'est montré d'une indulgence extrême. La plupart de ces causes proviennent de ce que les canonistes appelaient la *fornicatio spiritualis*. La jurisprudence ecclésiastique, obligée d'admettre le principe de cette *fornicatio*, bien qu'ayant senti la nécessité de restreindre le nombre de ces actes repréhensibles, n'en fut pas moins obligée de faire surgir une abondance de causes de séparation de corps ». Grâce aux conditions nettement imposées par l'art. 231, il sera facile pour le juge d'éliminer la plupart de ces cas. Il est certain que de simples instigations à commettre un délit, ou certaines contraintes exercées par un des conjoints pour faire commettre un délit à l'autre, des infractions aux conventions matrimoniales, seront considérées comme inopérantes, alors que, comme nous l'avons vu plus haut, de fausses

accusations ayant une certaine gravité pourront rentrer dans l'application de l'art. 231.

4° Restriction de l'application de l'article 231 en cas d'existence d'un enfant commun. — Nous avons jugé utile de faire, à propos de l'article 231, une distinction suivant que les époux ont ou n'ont pas d'enfant commun. Il est incontestable que c'est un point sur lequel il faut insister, car, au cas où il y a un enfant, les conséquences du divorce sont beaucoup plus graves puisqu'il y a un tiers innocent dont la situation est en jeu. Chose curieuse, c'est presque toujours l'intérêt de cet enfant que partisans ou ennemis du divorce ont mis en avant, soit dans les travaux préparatoires, soit dans les débats publics, et pourtant, jamais, à notre connaissance, cette préoccupation de l'enfant ne s'est traduite d'une façon bien nette dans un texte législatif. Peut-être le législateur a-t-il laissé au juge le soin de faire cette différence ? Quoi qu'il en soit, nous estimons que la question a trop d'importance pour être passée sous silence dans la loi. Au cas où il existe des enfants communs, nous apportons deux restrictions à la rupture de l'union conjugale. Nous imposons au magistrat une suspension obligatoire de la procédure d'une durée de six mois au moins et d'un an au plus, et nous portons à son maximum le temps de la période d'épreuve après le prononcé du divorce.

CHAPITRE V

EXAMEN DES CAUSES DÉTERMINÉES DE DIVORCE

1° *Considérations générales.* — Il semblerait logique qu'après avoir adopté une formule générale, on s'abstint d'énumérer certaines causes spéciales de divorce. N'y a-t-il pas en somme à considérer que ce seul motif d'impossibilité de vie commune dont nous venons d'examiner les principales manifestations, et n'est-il pas surrogatoire d'envisager quelques cas particuliers qui doivent forcément se résoudre au moyen des principes généraux ? Nous avons dit plus haut, qu'en matière de législation, il était quelquefois dangereux d'adopter une logique trop rigoureuse. Les problèmes sociaux ne se résolvent pas à coups d'équations. Le droit n'est pas une science mathématique, mais une science naturelle qui doit tenir compte, avant tout, des faits et de l'expérience.

Ne serait-ce pas ne vouloir tenir aucun compte de cette expérience que de négliger d'envisager certains cas particuliers qui ont toujours paru à l'esprit du législateur

comme des manifestations exceptionnellement graves de la désunion des époux ? Il est indéniable qu'il y a des faits présentant, par eux-mêmes, une telle gravité qu'il est juste de les considérer comme des causes de divorce indépendamment des conditions imposées par l'article 231. Il serait donc vexatoire, une fois leur existence reconnue, d'exiger de l'époux demandeur la preuve supplémentaire de leur résultat perturbateur sur l'union conjugale, de même qu'il serait oiseux pour le juge de rechercher au delà de la preuve de leur existence.

De plus, il nous semble qu'en adoptant le système allemand d'une technique très savante et très rigoureuse, nous devons cependant éviter le reproche inhérent aux formules abstraites qui est l'impossibilité où l'on se trouve d'englober tous les faits concrets dans un cadre de principes préconçus. En rejetant la méthode casuistique française dans cette matière, nous avons donné une très grande importance à l'élément logique, mais nous n'avons pu prévoir toutes les hypothèses de la réalité et les enserrer dans une formule à texture trop rigide.

Nous allons donc examiner les causes déterminées de divorce qu'une pratique séculaire, en France ou à l'étranger, a fait surgir et voir celles qui méritent, par leur gravité, d'échapper aux conditions rigoureuses de l'art. 231, et qui sont dignes de se voir attacher la présomption légale d'apporter un trouble irrémédiable à l'union conjugale ou encore celles qui n'ont pu rentrer dans le cadre de notre formule abstraite.

Nous avons voulu éviter de nous servir du mot péremptoire pour qualifier ces nouveaux motifs de divorce, car il est bien évident, qu'une fois la preuve faite de l'existence de ces griefs, le juge n'aura pas l'obligation absolue de prononcer, dans tous les cas, la rupture de l'union : Le magistrat devra examiner si certaines circonstances de la cause ne viennent pas atténuer ou détruire la responsabilité de l'époux incriminé. Ces causes seront quasi péremptoires, en ce sens que le juge aura toujours une certaine liberté d'appréciation. Mais nous ne redoutons pas ici les écarts de la jurisprudence. Si le motif prévu par la loi est nettement caractérisé par elle, la preuve de son existence ne pourra donner lieu, que dans une mesure très restreinte, à l'appréciation du magistrat, mesure même qui tendra à se réduire à zéro au cas où le motif de divorce sera une condamnation. Mais, ici, il nous sera possible de restreindre l'initiative de l'époux demandeur d'une façon qui serait inapplicable dans le cas de l'art. 231. C'est à un fait précis, isolé, ayant sa naissance et sa terminaison séparés dans le temps par un espace relativement court que nous avons à faire ; nous ne sommes plus dans le cas d'un état de fait dont il est presque impossible de délimiter l'origine et qui se prolonge avec une certaine continuité jusqu'à l'introduction de l'instance. Ce sera grâce à la prescription que nous pourrons, sans grave danger de léser des situations intéressantes, écarter nombre de demandes et adopter un moyen puissant de restriction qu'il sera impossible, ou tout au

moins très difficile, aux plaideurs et au juge d'éluder.

Ces considérations nous permettent de nous montrer un peu large dans la liste à établir afin de canaliser le courant plutôt que d'essayer de l'arrêter net, quitte à exposer le juge débordé à créer lui-même les canalisations nécessaires.

Mais il est bien entendu qu'à l'opposé du vieux législateur saxon ou des théoriciens modernes, nous nous abstiendrons d'une exagération excessive, ce qui ne tendrait rien moins qu'à ruiner tout le système et à ramener, par une voie détournée, le régime du divorce mutuel ou celui de la loi de 1792.

2° *Etudes des diverses causes spéciales de divorce.* —

a) *Condamnation à une peine afflictive et infamante de droit commun.* — Nous n'avons pas cru devoir modifier l'art. 232 actuel et étendre d'une façon exagérée son champ d'application. Beaucoup de juristes cependant reprochent au législateur de 1884, de s'être montré trop rigoureux dans l'admission des causes déterminées de divorce et tout cela dans la seule crainte de déroger trop gravement au principe de l'intention qu'il avait posé à l'art 231. L'art. 231, en effet, ne vise que les condamnations à des peines afflictives et infamantes. Ce texte ne souleva aucune difficulté et tout le monde fut unanime à approuver les raisons que fit valoir M. de Marcère dans l'exposé des motifs de son rapport à la Chambre des députés : « On ne peut pour de telles condamnations, déclarait-il, obliger, sans une véritable cruauté, l'un des

deux époux à partager l'infamie de son conjoint, et l'acte dont celui-ci s'est rendu coupable, la flétrissure subie, la mise au ban de la société, peuvent inspirer une horreur, un mépris, une crainte peut-être incompatibles avec les sentiments qui seuls constituent et maintiennent le lien conjugal. » Ces raisons nous paraissent absolument convaincantes et il nous semble *a priori* inexplicable, que le législateur se soit arrêté en chemin, sans donner à ces idées tout le développement qu'elles comportaient.

N'y a-t-il donc que les condamnations criminelles qui puissent attaquer l'honorabilité du coupable à ce point ? Certaines condamnations correctionnelles n'entraînent-elles pas aussi une flétrissure telle que les considérations de M. de Marcère ne puissent pas également leur être appliquées ? C'est bien ce qu'avait compris l'honorable rapporteur. Il avait demandé d'ajouter aux condamnations criminelles les condamnations correctionnelles, fût-ce à titre d'appréciation du tribunal. Il avait proposé d'admettre le divorce pour les délits les plus graves : le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'outrage public à la pudeur et l'excitation des mineurs à la débauche.

Le texte adopté par la Chambre fut repoussé par le Sénat, sur la simple observation de son rapporteur M. Letellier qui fit valoir que, dans la majorité des cas, les tribunaux considéraient l'infamie de l'un des époux comme une injure grave envers l'autre. Ainsi donc les rédacteurs de la loi de 1884 ne furent pas si illogiques avec eux-mêmes qu'on pourrait le supposer, puisque dans leur pensée les

condamnations correctionnelles devaient être tout au moins des causes relatives de divorce. Néanmoins, ils commettaient une double erreur. Tout d'abord ils commençaient à faire cette confusion entre le mot injure et le mot fait injurieux, confusion qui devait plus tard si bien égarer la jurisprudence. Mais de plus, ils ne remarquaient pas que l'observation de M. Letellier n'avait aucune portée. Ne peuvent, en effet, rentrer dans la notion d'injure que les faits impliquant une intention formelle de nuire au conjoint lésé. Étaient donc écartés tous les cas où la condamnation correctionnelle proviendrait de faits n'accusant pas la volonté bien déterminée de porter atteinte à la considération de l'associé. Or, tout autre était la pensée de ces législateurs. Il aurait donc fallu parler d'une façon explicite de ces condamnations correctionnelles qui ne pouvaient être implicitement contenues dans l'art. 231.

Pour nous, au contraire, qui avons admis dans notre formule générale toute une catégorie d'hypothèses où l'intention de nuire au conjoint ne saurait être exigée, une pareille obligation ne s'impose pas. La seule question que nous ayons à résoudre est celle de savoir si ces condamnations correctionnelles méritent d'être élevées à la hauteur de causes quasi péremptoires de divorce. Conclure par l'affirmative serait tout d'abord élargir d'une façon extraordinaire la portée de l'art. 232. Ce serait de plus ne pas vouloir tenir compte de la différence qui doit exister entre les peines correctionnelles et criminelles que la loi a pris soin de hiérarchiser.

Et puis comment, sans être arbitraire, faire un choix entre ces condamnations correctionnelles ?

Faudrait-il accepter comme causes déterminées de divorce, les condamnations pour vol, abus de confiance, escroquerie, outrage public à la pudeur parce qu'elles sont considérées comme les plus graves et aussi infamantes que les peines criminelles ? ou faudrait-il, faisant abstraction de la pénalité pour ne s'en tenir qu'au délit lui-même, mettre à part les actes qui violent directement les obligations conjugales et atteignent le conjoint dans sa double qualité d'associé et d'époux ? Dans ce cas, on ne retiendrait que l'attentat à la pudeur, et l'excitation des mineurs à la débauche. Mais, nous l'avons dit, le premier projet est insoutenable puisqu'il assimile ce que la loi pénale a voulu différencier ; de plus les juristes ne peuvent arriver à s'entendre sur le nombre des délits à admettre dans cette assimilation. Ainsi le Comité de réforme du mariage n'a inséré, dans son article 37 § 3, que les condamnations pour vol, abus de confiance, escroquerie, faisant le silence sur celles encourues pour attentat à la pudeur et excitation des mineurs à la débauche qui portent cependant une double atteinte au conjoint. Nous pensons qu'il est plus logique, moins arbitraire et moins compliqué, de mettre à part toutes les condamnations criminelles de droit commun et de considérer comme implicitement contenus dans notre article 231 tous les actes déshonorants quels qu'ils soient, punis ou non, susceptibles de porter, d'une façon indirecte, une atteinte

irrémissible à la considération du conjoint innocent.

Reste toutefois à examiner si la cause absolue de divorce doit se trouver moins dans la condamnation en elle-même que dans le fait qui l'a motivé. Dans ce dernier cas, le jugement de condamnation est inutile ; il ne sert plus que de preuve pour établir l'acte infamant reproché au coupable. Il en résulte même que le divorce peut se concevoir, même en l'absence de toute condamnation, soit que celle-ci n'ait pas encore été prononcée soit qu'elle ne puisse plus l'être à cause de la prescription, par exemple. C'est en ce sens, que la jurisprudence se prononce à l'heure actuelle.

Nous pensons que cette manière de voir est fautive et qu'il est très raisonnable d'attacher la sanction du divorce à la peine prononcée plutôt qu'au fait en lui-même. La loi de 1884 a sagement agi en insistant sur ce point. Il serait peu digne de la loi d'inciter les conjoints, dans un but de satisfaction personnelle, à se transformer en délateurs et à exposer leur associé à encourir des peines qui peuvent être très graves. Cet inconvénient disparaît, au contraire, lorsqu'il y a eu une condamnation prononcée et comme la flétrissure rejaillit indirectement sur le conjoint innocent, il est de toute justice que ce dernier, s'il souffre de l'indignité de son associé, obtienne d'être séparé à jamais de ce dernier. De plus, la loi pénale a défini les infractions par les peines dont elles sont frappées. Qu'importe donc la qualification donnée aux actes par

le Ministère public ; n'y a-t-il pas toujours corrélation étroite entre la gravité du fait et la condamnation ; enfin qu'est-ce qui compte aux yeux de l'opinion publique ; est-ce l'acte lui-même ou la condamnation ?

C'est en cela encore que les rédacteurs du Code suisse se sont trompés lorsqu'ils ont pris en considération le fait incriminé et non sa sanction. Ils ont pourtant bien cru que cette innovation allait opérer un progrès.

« Quant aux délits comme causes de divorce dit M. Hü-ber, dans l'exposé des motifs de son projet, ce n'est plus la condamnation qui justifie l'ouverture de l'action, mais l'acte délictueux lui-même. En conséquence, lorsque l'un des époux aura commis un délit qui ne peut être poursuivi que sur la plainte de la partie lésée, son conjoint aura le droit de demander le divorce, même si pour une raison quelconque la victime du délit ne porte pas plainte. » Indépendamment de la question de principe que nous venons de discuter, nous ne croyons pas que la solution adoptée dans l'art. 139 du Code de 1907 soit très heureuse : que veut dire, en effet, ces termes si vagues de délit infamant ; ils se prêteront très certainement à des interprétations variées et contradictoires et la jurisprudence sera d'autant plus lente à s'affermir sur ce point qu'il n'existe pas de Code pénal en vigueur dans la Suisse entière. Néanmoins, il nous faut retenir une chose qui atténue dans une certaine mesure les maladresses du législateur suisse c'est que ces délits infamants ne sont que des causes relatives de divorce, M. Hüber a ajouté, en effet, a

propos de l'art 139. « Dans les cas de délits et d'atteinte à l'honneur, il faudra tenir compte de la formule restrictive que nous avons déjà rencontrée à propos de l'action en nullité dérivant de l'erreur et d'après laquelle le divorce pourra seulement être prononcé s'il résulte des circonstances que la vie commune serait insupportable au conjoint. » Et l'article proposé a été définitivement adopté sans modification.

D'ailleurs, remarquons-le, le législateur aurait dû fusionner les 2 articles 139 et 142 en un seul, puisque l'art. 139 en arrive à dire à peu de chose près, ce que dit l'art. 142.

Le Code allemand est resté dans la généralité puisque condamnations ou faits délictueux rentrent dans la formule large de l'article 1568. Là encore, il est indubitable que le législateur envisage les actes immoraux ou déshonorants, en eux-mêmes, et non dans leur sanction. Et même, contrairement à notre point de vue, le fait d'être condamné à une peine afflictive ou infamante n'est pas considérée comme une cause absolue de divorce, puisque le juge a là encore le devoir d'examiner si toutes les conditions de l'art. 1568 sont remplies. Notre solution, très différente de celle des deux Codes précités se rapproche de celle qu'a proposée la Société d'Etudes Législatives. Là aussi les condamnations à une peine afflictive et infamante sont des causes quasi péremptoires de divorce, tandis que les condamnations correctionnelles les plus graves ne constituent que des causes relatives. A part

l'exigence de la condamnation que nous avons jugée inutile, en fait de délits, ce système revient en pratique au nôtre si l'on combine les articles 231 et 232.

Voici le texte de la Société d'Etudes Législatives. « La condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine afflictive et infamante pour crime de droit commun, sera, pour l'autre époux, une cause de divorce. Le divorce pourra être demandé par l'un des époux en cas de condamnations de l'autre à une peine d'emprisonnement pour crimes de droit commun ou pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation des mineurs à la débauche, lorsqu'il sera certain, qu'à raison de cette condamnation, le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue impossible. » L'antithèse entre les deux catégories de condamnations est nettement marquée par les mots sera et pourra. De plus, si ce texte ne parle que de condamnations, comme il y a toujours une corrélation forcée entre l'acte répréhensible et la punition sociale, nous aboutissons, dans bien des cas, à des résultats identiques ; nous devons cependant avouer que nous élargissons davantage le divorce. Mais toutefois, il faut remarquer qu'en refusant d'élever les condamnations correctionnelles à la hauteur de causes déterminées de divorce, nous restons dans l'esprit de la loi de 1884 et nous réalisons un grand progrès sur notre législation prétorienne qui a souvent considéré les délits correctionnels comme étant, par eux-

mêmes, suffisamment injurieux pour faire obtenir le divorce au conjoint innocent.

Nous avons voulu, néanmoins, apporter une retouche à l'article 232 actuel ; le législateur de 1884 a laissé subsister, comme causes de rupture du lien conjugal, toutes les condamnations à une peine afflictive et infamante. Or, il y a lieu de faire disparaître les condamnations aux peines politiques afflictives comme la déportation et la détention. Cette réforme s'impose d'autant plus que la doctrine et la jurisprudence semblent vouloir faire cesser les difficultés sérieuses d'interprétation qui ont pendant longtemps existé sur le caractère à donner au fait incriminé lorsque celui-ci consiste en une infraction de droit commun commise dans un but politique. Elles paraissent toutes deux se fixer, en ce sens, que le caractère politique ou non politique de l'acte est déterminé non par l'existence ou la non existence des motifs politiques, mais seulement par la nature de l'acte considéré en lui-même. C'est pourquoi nous avons tenu à expliciter qu'il doit s'agir de condamnations prononcées pour des crimes de droit commun. Nous avons, du même coup, écarté certaines condamnations prononcées par des tribunaux exceptionnels comme les tribunaux militaires, Conseils de guerre, tribunaux maritimes, Conseils d'enquête, dont la jurisprudence admet actuellement les décisions comme des causes déterminées de divorce en se basant sur les travaux préparatoires de la loi de 1884. Mais il est bien entendu, toutefois, que les condamnations pour crime de

droit commun prononcées même par des tribunaux d'exception, auront le pouvoir de faire dissoudre le mariage.

Nous avons cru bon d'ajouter aussi au mot de condamnations, le qualificatif de définitives. Nous n'ignorons pas, cependant, que la jurisprudence n'a jamais cessé d'exiger une pareille condition. Mais nous avons craint, sur ce point si important, un revirement toujours possible de la législation prétorienne ; de plus, comme nous étions obligés d'envisager une exception, il nous a bien fallu énoncer le principe. En cas de condamnation contradictoire, il est donc nécessaire que le pourvoi en cassation soit rejeté ou que le délai des trois jours francs imparti par la loi soit écoulé. Mais il est impossible d'appliquer la même règle en cas de condamnation par contumace, car il serait ridicule de suspendre une requête pendant 20 ans. Nous avons pensé qu'un délai de 3 ans après le prononcé de l'arrêt concilierait les intérêts des deux époux. Ce paragraphe additionnel était nécessaire car, dans l'espèce, l'époux du condamné ne peut se prévaloir de l'abandon de son conjoint ; car l'abandon malicieux seul est capable d'opérer le divorce et ici l'époux coupable a fui pour éviter un châtement.

Il est évident que nous n'avons pu songer ici qu'aux voies de recours ordinaires contre les jugements, puisque les voies de recours extraordinaires n'admettent aucune prescription.

Il était inutile d'indiquer quels sont les faits postérieurs

à la condamnation qui peuvent constituer des fins de non recevoir à la demande en divorce. « Il n'y aura qu'à voir, comme le bon sens l'indique et comme les tribunaux l'ont toujours compris, quels sont les faits qui enlèvent l'infamie et ceux qui, au contraire, la laissent subsister. » Ici, l'interprétation du juge ne peut s'égarer, et c'est pourquoi nous avons jugé ne rien devoir préciser à ce sujet. Naturellement, l'époux qui a subi une condamnation à une peine afflictive et infamante ne pourra tirer aucune fin de non recevoir de cette circonstance qu'il aurait subi ou prescrit sa peine, ou même qu'il aurait bénéficié de la grâce ; car l'infamie attachée à la peine subsiste malgré tout. Bien au contraire, la réhabilitation de faveur prévue au Code d'instruction criminelle ou la réhabilitation de droit prévue par la loi du 5 août 1899 pourront arrêter la requête. Il en sera de même de la revision, une fois admise. Même solution pour l'amnistie. Il s'est cependant élevé une controverse à ce sujet. La loi dit, en effet, que l'amnistie efface l'acte lui-même sauf au regard des tiers. D'aucuns prétendent que le conjoint, moralement lésé, doit être considéré comme un tiers. Mais cette discussion n'est pas sérieuse, la loi ayant eu en vue dans le mot tiers, la personne qui a été la victime directe du coupable. Nous concluerons donc que l'amnistie doit constituer une fin de non recevoir à l'action en divorce.

Toutes les considérations que nous avons fait valoir peuvent trouver leur expression dans le texte suivant que nous proposons de substituer à l'art. 232 : « La con-

damnation devenue définitive de l'un des époux à une peine afflictive et infamante pour crime de droit commun sera, pour l'autre époux, une cause de divorce. En cas de condamnation par contumace, le divorce pourra être demandé trois ans après le prononcé de l'arrêt. La requête sera irrecevable au cas où l'époux demandeur aura encouru des condamnations de même nature. »

L'alinéa final que nous n'avons pas encore discuté s'impose de lui-même et pourrait passer pour une disposition surrogatoire s'il n'était pas de principe dans les causes absolues de divorce où les faits doivent être examinés d'une façon objective, de rejeter la compensation des torts. Mais il est évident qu'étant données les raisons qui nous ont déterminé à insérer dans la loi de divorce l'art. 232, il serait tout à fait illogique de ne pas faire entrer en ligne de compte l'honorabilité du conjoint demandeur. Il ne peut y avoir d'atteinte à la considération qu'au cas où cette considération existe ; deux époux malhonnêtes ne sont-ils pas bien dignes de vivre ensemble ?

Le système que nous avons adopté à propos des condamnations comme causes relatives ou absolues de divorce et qui se dégage de la combinaison des articles 231 et 232, ne laisse pas d'échapper à deux critiques assez graves en apparence. Est-il bien logique, après avoir poussé aussi loin que nous l'avons fait, le devoir d'assistance mutuelle entre époux, d'inciter, en quelque sorte, le conjoint innocent à repousser brutale-

ment l'époux coupable. N'est-ce pas vouloir enlever, la plupart du temps à ce dernier, le seul moyen de se relever. Ce reproche est-il bien sérieux pourtant? Nous comprenons parfaitement que le législateur doit avoir le souci de chercher à ramener dans la bonne voie, par tous les moyens possibles, celui qui a commis des fautes. Mais ici, il ne s'agit pas de fautes légères, mais de fautes très graves, de crimes si l'on envisage l'article 232 et de délits importants si l'on envisage l'article 231. Le législateur a-t-il le droit, même dans un intérêt supérieur, d'imposer à l'innocent une charge aussi lourde et aussi ingrate où, pour toute récompense, celui-ci ne recueillera bien souvent qu'injures de la part du coupable et mépris de la part du public? De plus, n'y a-t-il pas un danger sérieux de contamination à craindre et n'est-il pas de bonne prophylaxie sociale d'arracher l'époux encore honnête à un milieu pernicieux? Il nous semble donc qu'entre l'honneur de l'époux innocent et le relèvement de l'époux coupable, il n'y avait pas à hésiter. Remarquons, de plus, qu'une grande partie de la critique tombe dans les cas d'application de l'art. 231. La condamnation n'étant plus alors qu'une cause relative de divorce, le juge aura nécessairement à apprécier si le devoir d'assistance mutuelle ne doit pas encore subsister et si par conséquent, le mariage ne doit pas, malgré tout, être maintenu.

Pourrait-on encore, vraisemblablement, nous accuser d'illogisme parce qu'il résulte de la combinaison des ar-

ticles 231 et 232 que la même faute peut avoir, suivant les cas, tantôt le caractère d'une cause relative, tantôt celui d'une cause quasi péremptoire de divorce? Tout dépendra, en effet, de ce que le crime aura ou non été puni ou de ce que le fait délictueux se sera vu attacher des sanctions criminelles ou correctionnelles. C'est le résultat forcé d'avoir envisagé seulement dans l'article 232 non pas la faute mais la punition. Mais qu'y a-t-il à cela d'anormal? Le conjoint innocent ne se verra-t-il pas d'autant plus déshonoré que le coupable sera moins excusable, que la punition sociale infligée a été plus forte et que le scandale a été plus grand?

b) *Attentat à la vie du conjoint*. — L'attentat à la vie du conjoint constitue, à n'en pas douter, la violation la plus grave des devoirs imposés par le mariage; il est incontestable qu'à la suite d'un pareil acte, on ne saurait imposer à la victime la continuation de la vie commune. Non seulement cette dernière ne se sent plus en sécurité dans son propre foyer, mais encore une répulsion invincible l'écarte désormais de celui « qui a si gravement failli à la foi jurée et répondu à son amour par la scélératesse ». Il serait donc superflu d'exiger de celui qui invoque un tel grief d'apporter encore d'autres preuves que celle de l'existence même du fait allégué et c'est pourquoi, nous avons fait de l'attentat à la vie une cause absolue de divorce. Le Code allemand respectant, ainsi malgré lui, la tradition saxonne et prussienne, a admis, lui aussi, dans son article 1566 cette cause déterminée de divorce que nous

retrouvons également dans le Code suisse à l'article 138.

Nous avons cru bon de préciser les éléments constitutifs de cette nouvelle cause. Il est hors de doute que la simple intention de donner la mort serait inopérante, et qu'il ne suffirait pas qu'un époux ait eu la pensée de commettre le crime, ni même qu'il ait formé le projet de réaliser cette pensée en combinant dans son esprit les moyens de réalisation. Mais, dans cette matière, le juge devra se montrer plus strict qu'au cas de répression pénale. Tout acte externe qui indiquera d'une façon certaine la pensée criminelle du conjoint sera à lui seul susceptible de provoquer le divorce. Nous n'aurons donc pas besoin d'aller ici jusqu'aux actes exécutoires ; un simple acte préparatoire ou une tentative au sens large du mot avec des moyens inopérants pourront suffire. Ainsi donc peu importe que le fait tombe ou non sous le coup de la loi pénale. C'est à cause de cette différence, et pour éviter des interprétations divergentes que nous avons cru bon d'exprimer ce que nous voulions entendre ici par le mot attentat ; il est indubitable que les dispositions un peu trop brèves des 2 codes étrangers précités donneront lieu à de graves controverses à ce sujet. Mais il est bien entendu que même au cas où des actes exécutoires auraient été perpétrés, le juge aura ici à examiner, comme en matière pénale, si la discontinuation dans l'exécution du crime provient de la volonté même de l'agent.

Toutefois, il y aura attentat caractérisé encore bien

que l'agent ait suspendu l'exécution du crime s'il y a été contraint par une circonstance extérieure de telle sorte que la renonciation n'a pas été, en réalité, un acte de volonté libre et spontanée.

Nous avons aussi tenu à préciser qu'il ne peut s'agir que de l'attentat à la vie d'un des conjoints, et non de l'attentat à la vie d'un des parents du conjoint. Néanmoins, rien ne s'opposerait, dans cette dernière hypothèse, et suivant les circonstances, à une application possible des articles 231 ou 232.

Les précisions que nous avons données au sujet du mot attentat ne permettent pas de considérer comme rentrant dans l'article 232 *bis* les simples défauts de soins, voire même les mauvais traitements susceptibles cependant de mettre la vie du conjoint en danger.

Nous avons voulu, en introduisant ce mot nouveau d'attentat à la vie, faire cesser une confusion qui avait été sciemment commise par les législateurs de 1804, pour lesquels le mot excès devait cacher, par euphémisme, toutes les tentatives de crime opérées par un des conjoints sur l'autre. Avons-nous eu tort d'inciter d'une façon si ouverte et par un texte légal l'un des époux à invoquer en justice des faits qui sont susceptibles de conduire à l'échafaud son propre associé ? Nous ne le pensons pas. Un pareil motif ne sera jamais invoqué à la légère, et il n'y a rien d'odieux à ce qu'un époux cherche, par tous les moyens, à garantir son existence menacée.

Quant aux excès proprement dits, ils ne peuvent,

comme nous l'avons vu plus haut, que donner application à l'article 231. C'est à tort que la jurisprudence en a fait des causes absolues de divorce réclamant seulement la multiplicité des faits pour les simples actes de vivacité (Cass., 22 juin 1880) (Tribunal de Corbeil, 21 décembre 1882).

Nous proposons le texte suivant :

Art. 232. bis — L'attentat à la vie commis par l'un des conjoints sur l'autre sera une cause de divorce ; de simples actes préparatoires pourront suffire à caractériser l'attentat.

c) *Séquestration arbitraire.* — A côté de l'attentat à la vie, nous avons tenu à placer la séquestration arbitraire. de l'un des conjoints par l'autre. N'est-ce pas là aussi, une atteinte particulièrement grave à la personne physique et morale de l'époux ; une violation manifeste du devoir de solidarité et d'assistance mutuelle. Remarquons cependant que cette séquestration affecte un caractère d'une exceptionnelle gravité lorsque c'est le mari qui s'en est rendu coupable. Le devoir de protection qu'il avait envers sa femme était encore une raison de plus pour l'empêcher de commettre un pareil acte. C'est pourquoi il nous a paru logique de ne faire de ce motif une cause déterminée de divorce que dans ce dernier cas, laissant la séquestration du mari opérée par la femme dans la catégorie des cas prévus à l'article 231. D'ailleurs, en pratique, n'est-ce pas de séquestions arbitraires de la femme que le juge aura à s'occuper ?

Notre article 229 *ter* sera ainsi conçu :

« La Séquestration arbitraire de la femme par le mari sera pour celle-ci une cause de divorce.

d) *Abandon malicieux*. — Arrivons maintenant à l'abandon volontaire d'un des époux par l'autre, ou pour nous servir d'une expression employée par les lois étrangères, à l'abandon malicieux, traduction des mots *malitiosa desertio*, qui était l'expression usitée par les canonistes. C'est la violation du devoir de cohabitation prescrite par l'article 214 de notre Code civil qui pourtant a supprimé cette cause de divorce. Il est vrai que là encore la jurisprudence n'a pas hésité à suppléer à la loi et a réparé l'omission que celle-ci avait pourtant sciemment faite. Elle a considéré l'abandon comme une injure grave. Ce qui a beaucoup discrédité ce motif de dissolution du mariage, admis par la loi de 1792, c'est, sans contredit, les abus auxquels il avait donné lieu. Il est vrai de dire que le législateur n'avait rien réglé à ce sujet. Tout d'abord il n'y avait lieu à aucun examen des circonstances ; le simple fait de l'éloignement des époux opérant la dissolution de l'union conjugale ; un jugement même n'avait pas été considéré comme nécessaire, c'était l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce sur le seul vu d'un état de notoriété certifiant l'abandon et sa durée. « Cette législation très large fut encore aggravée par un décret-loi du 4-9 floréal an II ; ce décret avait décidé qu'au cas où il y avait abandon ayant duré depuis plus de six mois sans nouvelles, l'époux délaissé était en droit de faire dis-

soudre son union sur la présentation d'un acte authentique ou de notoriété constatant l'éloignement, sans mise en cause de l'autre époux : le divorce était obligatoire pour le magistrat. » Mais même la loi eut-elle été sévère, il eût été quand même dangereux de faire d'un pareil motif une cause déterminée de divorce. L'abandon est en lui-même complexe : il comporte l'éloignement qui est un simple fait matériel, d'une preuve très facile et le délaissement qui est une intention ; or, l'intention est souvent équivoque. « C'est de cet équivoque que peuvent surgir des prétextes trop faciles pour libérer les époux des obligations nées du mariage. Aussi l'abandon est-il non pas tant une cause fréquente de divorce qu'une source intarissable de collusions entre les époux. » D'autant plus, comme l'a fait si justement remarquer M. Roll, dans sa thèse, que c'est incontestablement la cause la moins ennuyeuse à simuler : là, pas de mise en scène nécessaire, pas de scandale qui puisse s'en suivre ; Bien plus, ce motif, ne jette aucune déconsidération sur l'époux coupable, la fraude est très difficile à découvrir et comme l'époux volage fait toujours défaut, par définition, l'instance n'est plus qu'une suite de formalités aboutissant fatalement au divorce.

Ce furent surtout les remarques du tribun Gillet relativement à la difficulté de la preuve de l'intention méchante qui provoquèrent le rejet de l'abandon, en 1804, et ce furent les mêmes considérations qui, en 1884, amenèrent le Sénat à repousser le texte déjà voté par la Chambre des députés, texte, qui faisait de la désertion du foyer con-

jugal une cause péremptoire de divorce. Les remarques qui précèdent nous imposent donc de réglementer l'abandon d'une façon particulièrement stricte et écartent *a priori* de notre pensée toute velléité d'élever ce motif à la hauteur d'une cause absolue de divorce.

Le législateur doit veiller ici, avant tout, à déjouer les supercheries possibles machinées par les époux et à empêcher les divorces convenus, entre ces derniers, sans les garanties et les obstacles de notre ancien divorce par consentement mutuel.

Voyons donc les éléments constitutifs de cet abandon et après cet examen nous nous apercevrons que l'abandon malicieux ne peut constituer qu'une cause relative de divorce.

Il faut d'abord que la rupture des relations soit absolue, comme l'a nettement déclaré un arrêt d'Amiens du 15 décembre 1886. On pourrait, en effet, conclure de rapprochements même espacés qu'il y a encore entente entre les époux, que tout au moins un rapprochement définitif peut être envisagé. Il faut de plus que cet abandon soit persistant comme l'a déjà dit un arrêt de Besançon du 16 juillet 1889, car il n'y aurait pas lieu de prononcer le divorce au cas où l'époux volage offrirait de réintégrer le domicile commun. L'époux défendeur doit être en faute, sans cela il n'y aurait plus abandon malicieux, mais simple abandon ne pouvant en aucune manière servir de prétexte à divorce. « L'abandon aura le caractère injurieux, disait M. le substitut Jacomy, chaque fois qu'il ne pourra s'ex-

pliquer par aucune contrainte matérielle et morale, chaque fois qu'il sera la manifestation certaine, évidente et répétée de l'intention de se soustraire à la communauté de vie qui est de l'essence même du devoir conjugal parce qu'il constituera le délaissement dans toute l'acception du mot et que le délaissement emporte par lui-même, l'injure la plus grave à l'endroit de l'époux délaissé. » Il faut donc que l'époux récalcitrant ait pleine conscience que, par sa désertion, il viole un des devoirs du mariage ; il faut que sa volonté ait été libre et intelligente et qu'il ait eu l'intention bien nette de léser son conjoint. Ainsi il ne peut pas y avoir lieu à divorce si l'époux abandonne son conjoint sans autre motif qu'une absence d'affection, une indifférence inexplicable ou s'il se soustrait au rétablissement de la vie commune pour échapper à un danger ou même pour éviter une condamnation. Car c'est avec raison qu'il faut assimiler — comme le fait d'ailleurs notre jurisprudence — la contrainte morale et la contrainte physique. Tous les tribunaux ont été unanimes à trouver une excuse à la désertion au cas où l'époux a quitté son foyer pour échapper à des poursuites judiciaires. Il y a pourtant à remarquer à ce sujet un jugement rendu, le 19 février 1889, par le tribunal de Coulommiers, qui fait une distinction à ce sujet et considère que si l'époux persévère dans son abandon et ne fait rien pour soustraire les siens à la flétrissure qui pèse sur lui, il y a lieu à divorce.

Mais ici, remarquons-le, la question change et le divorce n'est plus alors prononcé à proprement parler pour aban-

don malicieux. Il faut encore que cet éloignement de l'époux ne soit pas l'exercice normal d'une faculté appartenant à celui-ci ; la rupture de l'union conjugale serait donc impossible si l'époux est fondé à refuser le rétablissement de la vie commune, comme, par exemple, dans les cas analogues à ceux prévus par l'alinéa 2 de l'art. 1353 du Code impérial allemand, ou par l'article 170 du Code suisse, ou aux cas où le conjoint aurait obtenu, en France, la séparation de corps. Mais on doit encore exiger que cet abandon ne soit pas justifié. C'est ce qu'a toujours admis également notre jurisprudence. Un arrêt de la Cour de cassation du 11 décembre 1888 est très net en ce sens. Il n'y aurait donc pas lieu de prononcer le divorce lorsqu'un époux atteint par une maladie contagieuse a quitté le foyer conjugal pour soustraire son conjoint à la contagion, ou bien au cas où ce foyer conjugal n'existerait plus ou qu'il n'offrirait plus toutes les garanties de sécurité ou même de bien-être suffisant, suivant la condition sociale des époux ; « cette décision d'un arrêt de Chambéry du 20 mars 1888 est pleinement à approuver attendu que dans une société civilisée comme la nôtre qui a fait du vagabondage un délit, on ne peut sous prétexte de l'obligation de cohabitation imposée à la femme, pousser celle-ci à commettre un acte illicite ». La question est plus délicate lorsque ce sont les fautes même de l'époux abandonné qui ont amené la désertion de l'autre conjoint. Y a-t-il lieu à divorce quand le mari, par exemple, maltraitait sa femme et que celle-ci l'a quitté ou bien au cas où

un mari abandonne une femme dont la conduite laisse à désirer. Certes, si nous avions voulu faire de l'abandon une cause péremptoire de divorce, nous n'aurions eu aucune hésitation sur la solution à adopter, puisque dans ce cas, les actes doivent être examinés à un point de vue purement objectif. Mais n'y a-t-il pas lieu de prendre en considération la conduite du plaignant; celle-ci ne peut-elle pas être bien souvent une excuse atténuante de celle du fugitif?

Ici la compensation des torts nous conduit à une solution difficile à admettre juridiquement. Ne pas prononcer le divorce c'est laisser subsister une séparation de fait. Or, le tribunal consacre donc une situation irrégulière, illégale même puisque le devoir de cohabitation est strictement imposé aux époux. C'est bien là la pensée de la Cour de Rouen qui, dans un arrêt du 5 février 1898, disait « admettre comme excuse de l'abandon le grief de l'autre époux, ce serait admettre pour le mariage un état intermédiaire réprouvé par la loi où les époux seraient autorisés à vivre séparés ». Mais raisonner ainsi n'est-ce pas raisonner dans l'abstraction? En fait, cette séparation ne sera que momentanée : ou bien l'époux coupable aggravera davantage ses torts et motivera de la part de l'autre conjoint une demande en divorce contre lui, ou bien devenu plus sage, il modifiera complètement sa conduite et ne justifiera plus cet ostracisme dont il avait été frappé. Dans bien des cas assurément, cette séparation ne pourra produire que de bienfaisants résultats. « Elle permettra

aux époux de réfléchir avec sang froid à leurs torts réciproques, elle réveillera en eux un amour encore vivace malgré tout et les jettera à nouveau dans les bras l'un de l'autre, mais cette fois plus disposés à supporter mutuellement leurs défauts. »

Mais notre système entraîne fatalement la nécessité de faire à l'époux défendeur la sommation de paraître au procès. Comment le juge pourrait-il, sans cela, se convaincre de sa résistance injustifiée ? Le Code suisse commit, à notre avis, une erreur grave lorsqu'il décide qu'on pourra renoncer à cette sommation lorsque une réconciliation n'est pas probable ? Nous pensons que « c'est avec de telles dispositions que l'on porte dans la pratique les coups les plus mortels aux principes légaux ».

Le juge a-t-il, d'ailleurs, les éléments indispensables pour supprimer une pareille garantie du mariage, puisqu'il n'a pas entendu le défendeur ! Ne vaudrait-il pas mieux si l'époux fuit ou se cache, employer le système des astreintes pour le forcer à comparaître ? En matière d'abandon, plus qu'ailleurs même, s'impose, pour le magistrat, l'obligation absolue de ne retenir que des faits sur l'existence desquels aucun doute ne peut subsister. Ce dernier a donc l'impérieux devoir de refuser le divorce s'il a le moindre doute sur la bonne foi des époux.

Ainsi donc toutes les conditions que nous avons imposées aux hypothèses visées dans l'art. 231 s'appliquent de la même façon à l'abandon malicieux. C'est donc avec raison que nous emploierons le terme pourra dans nos

dispositions relatives à l'abandon malicieux, dispositions que nous aurons soin de placer immédiatement après celles de l'art. 231.

Il nous reste maintenant à déterminer la durée que doit avoir cet abandon pour être considéré comme vraiment sérieux : car c'est grâce surtout à cette durée que le juge pourra se convaincre que l'éloignement de l'époux provient d'une obstination vraiment réfléchie. Les législations diverses, qui ont adopté cette cause, sont toutes unanimes sur le principe de la durée ; mais elles divergent sur le chiffre à adopter. Le Code suisse impose une séparation de deux ans au minimum. Le Code allemand ne permet d'intenter l'action en divorce qu'un an après le jugement de condamnation ordonnant au fugitif de reprendre la vie commune. Ce délai, en effet, est soumis à deux conditions contradictoires il ne doit pas être trop bref, car sans cela il ne présenterait plus aucune utilité ; il ne doit pas être trop long car il serait inhumain « d'imposer au conjoint innocent une vie non conforme aux besoins de la nature et de son cœur ». Nous avons admis la durée de deux ans adoptée par le Code suisse, durée qui sera d'ailleurs allongée de tout le délai imparti au défendeur pour répondre à la sommation. Si bien qu'en comptant le temps nécessaire à l'instance, il sera impossible que le mariage soit dissous avant une séparation de fait inférieure à 3 ans.

Et si l'on veut bien ajouter à cela que notre texte impose obligatoirement une sommation privée ou publique

faite au fugitif, nous sommes dans les conditions les meilleures pour assurer au divorce toutes les garanties possibles de bonne foi.

Il est à espérer, en effet, qu'après ces années d'éloignement et avec ce large délai qui lui est imparti pour répondre, le défendeur prendra une résolution que ne lui dictera ni la haine, ni l'emballement. Si donc, il persiste malgré tout, à ne pas vouloir réintégrer le domicile conjugal, le juge aura en quelque sorte un commencement de preuve que l'union est fortement atteinte et que la vie commune est devenue une impossibilité, ce qui ne lui empêchera pas d'examiner, en outre, si toutes les conditions requises par l'art. 231 sont remplies.

Nous n'avons pas cru nécessaire au cas d'abandon de faire de distinction entre la faute de la femme et celle du mari puisque l'obligation de co-habitation s'impose au même degré à chacun des deux époux. Toutes les lois d'ailleurs qui ont admis cette cause de divorce ont mis les deux conjoints sur un même pied d'égalité. Bien qu'elles semblent toutes partir de l'idée que l'époux déserteur sera la femme, aucune d'elles n'exclue formellement l'hypothèse d'un abandon du mari. Elles ne font pas ainsi une distinction de fond ; elles constatent simplement ce qui pratiquement se passe le plus souvent. En tout cas, en vertu du principe d'égalité qui doit régir, sauf de très rares exceptions, les rapports personnels entre époux, il n'y a pas lieu d'apporter une complication nouvelle, dans une matière déjà si complexe. D'ailleurs, nous ver-

rons plus loin, qu'au point de vue de l'adultère, nous ne faisons aucune différence entre les deux époux. Serions-nous vraiment logiques avec nous-même si nous en faisons une au cas d'abandon, alors que l'abandon est pour la femme une faute bien moins grave que l'adultère ?

Le Code allemand, plus compliqué, a distingué entre les diverses hypothèses de l'abandon ; il envisage la quasi *desertio* et la *desertio*. Dans le premier cas, l'époux abandonné connaît le refuge de l'époux volage et celui-ci peut être facilement touché par une sommation ; dans le second cas, au contraire, l'adresse du fugitif est complètement inconnue. « Cette divergence de situation ne réagit pas seulement sur la procédure, comme dans le Code suisse qui n'en tire des effets que relativement à la sommation ; elle réagit également sur le fond, car dans la désertion, le divorce ne peut plus être prononcé qu'après deux procès consécutifs. Il faut, qu'il ait été prononcé une condamnation au rétablissement de la vie commune par un jugement ayant acquis autorité de chose jugée : et il suffit pour échapper au divorce que l'époux récalcitrant ait obéi à l'injonction du juge, quand bien même il aurait déserté à nouveau le foyer commun, sauf une nouvelle application possible de l'art. 1567 et même l'application de l'art. 1568. Mais malheureusement, la loi ne prescrit aucune fin de non recevoir une fois que l'abandon nettement caractérisé a été prouvé : la cause de divorce semble être alors irrévocablement acquise à l'époux demandeur puisque ni l'offre de

la reprise de la vie commune faite par l'autre conjoint, ni même une reprise effective de cette vie commune, ne pourrait la faire disparaître ». C'est assurément une lacune dans la loi qui surprend d'autant plus que l'intention très manifeste du législateur allemand a été de restreindre le plus possible les cas d'application de l'art. 1567.

Voici le texte, qui nous a semblé devoir être adopté :

Art. 231, bis. — « Chacun des époux pourra demander le divorce pour abandon malicieux lorsque l'autre conjoint refusera sans motif de reprendre la vie commune à la condition toutefois que l'abandon ait duré au moins deux ans et n'ait pas pris fin après une sommation faite à l'époux défendeur de reprendre la vie commune dans les six mois. L'action en divorce ne pourra être intentée qu'à l'expiration de ce délai. »

e) *Absence.* — L'abandon malicieux nous amène logiquement à parler de l'absence, c'est-à-dire de l'état de celui qui a disparu de chez lui sans qu'on ait de ses nouvelles, de sorte que l'on ne sait pas s'il est mort ou vivant. Hâtons nous de déclarer qu'il nous est impossible de voir dans ce fait pur et simple une cause de divorce et que nous l'aurions passé sous silence si la loi de 1792 et notre jurisprudence n'en avait faussé le rôle juridique. En effet, si nous mettons à part les hypothèses où il permis de voir de la part de l'absent un abandon malicieux, dans toute autre cas le mariage ne pourra se dissoudre que par la mort puisqu'il est impossible de relever de faute à l'encontre de l'époux défendeur.

L'absence ne doit donc pas être considérée comme une présomption d'abandon malicieux, mais plus logiquement comme une présomption de mort, présomption, qui ne fait que se fortifier avec le temps. Telle a d'ailleurs été la pensée des législateurs qui ont défendu, à nouveau, en 1884, cette cause de divorce. De l'aveu de tous, l'absence ne devait plus amener nécessairement la rupture du mariage ; le tribunal aurait eu à apprécier la probabilité du décès (Planiol).

Les déclarations de M. Labiche au Sénat, sont très catégoriques à ce sujet. « Chacun de nous, a-t-il dit, a connu quelques-unes de ces situations extrêmement intéressantes qui imposent une certitude morale absolue que l'absent est mort. L'acte de décès manque, mais la mort est certaine : bien qu'on ne puisse pas en faire la preuve matérielle, le doute n'existe dans l'esprit de personne. C'est dans ces cas-là que nous confions aux tribunaux le soin d'apprécier. » La loi de 1893, n'a pu apporter qu'un faible adoucissement aux situations sans issue créées par l'absence. La question ne sera entièrement résolue que le jour, où contrairement à l'esprit du Code, l'absent pourra être assimilé à celui qui a disparu et où une loi moins étroite que le texte de 1893 aura permis de déclarer le décès dans tous les cas de disparition.

f) *Adultère*. — L'adultère a été certainement de tout temps et en tous lieux, la cause de divorce la moins discutée. Toutes les législations qui n'ont pas fait de l'indissolubilité du mariage un principe absolu, l'ont admis. Les

Greco, les Romains et la majeure partie des Etats modernes ont inséré, l'adultère dans leurs lois.

A l'époque de l'Eglise primitive, quelques pères n'hésitèrent pas à voir dans l'infidélité des époux un motif susceptible de faire prononcer le divorce de plano. Le Concile de Trente lui-même, n'osa pas jeter l'anathème contre l'époux qui invoquerait ce motif pour faire rompre son union. Saint Mathieu et très certainement beaucoup d'Evangélistes considéraient l'adultère comme une véritable cause de divorce, Malleville, pourtant partisan de l'indissolubilité du mariage, disait que c'était la seule juste cause et ceux qui ne veulent pas admettre le principe du divorce disent que c'est certainement la cause la moins révoltante.

L'adultère a été prévu par l'article 1565 du Code allemand et l'art. 137 du Code suisse. Le Code français lui a même consacré deux articles : la faculté de demander le divorce est accordée séparément à la femme et au mari mais cependant dans des termes et à des conditions identiques. « Cette faute de rédaction s'explique historiquement ; elle tient à ce que l'ancien article 230, abrogé par la loi du 27 juillet 1884 n'accordait à la femme la faculté de demander le divorce contre son mari que dans des conditions bien déterminées, conditions qui n'étaient pas prévues à l'article 229. Aujourd'hui que toute différence est supprimée, ce double texte n'a plus de raison d'être. » Bien que persuadé qu'un retour à la législation antérieure à 1884, n'aurait aucune chance d'aboutir, étant

donné l'état actuel des mœurs et les progrès accomplis par le féminisme, nous ne pouvons cependant pas nous empêcher de faire remarquer qu'il est illogique de traiter l'homme et la femme sur le même pied d'égalité, au point de vue de l'adultère. Même, en faisant abstraction des considérations tirées, de la nature et des mœurs, nous devons reconnaître que par son inconduite, la femme porte une atteinte bien plus grave au mariage ; n'expose-t-elle pas un jour son mari à la terrible désillusion d'avoir aimé pendant de longues années un enfant qui n'est que le fruit de coupables relations ? « L'adultère de la femme trouble la filiation ; la présomption : *pater is est quem nuptiae demonstrant*, sur lequel repose, on peut dire, toute l'institution de la famille est ébranlé ; car le mariage, abstraction faite de son rôle moral, a pour but d'établir cette présomption légale. » Dire, comme M. Planiol, que la faute est égale au point de vue moral est très exact, mais c'est sortir de la question. Il ne s'agit pas ici de comparer deux culpabilités, il faut examiner dans quel cas l'atteinte au mariage est plus forte. C'est pour n'avoir pas eu une vision bien nette de ce qui doit motiver le divorce que juristes et législateurs se sont égarés dans leur solution. Quoi qu'il en soit, il nous est impossible de remonter un courant irrésistible. A regret, le législateur est obligé d'obéir à un principe d'égalité mal comprise, consacré par une loi vieille de 30 ans. Le même mouvement égalitaire s'est manifesté en Allemagne. Bien que les lois germaniques antérieures aient été très divisées sur la

question, le premier projet du Code impérial a consacré d'emblée l'égalité absolue des deux sexes devant l'adultère.

L'inégalité entre les époux répugne également au peuple allemand, et ce sentiment s'est traduit encore en matière de communauté où la femme a les mêmes droits que le mari. Vouloir l'inégalité des époux devant l'adultère c'est paraît-il revenir aux temps barbares où la femme était, en droit, un être sacrifié. où elle n'avait que des devoirs et le mari que des droits. Et pourtant il existe encore pas mal de pays civilisés qui exigent que l'adultère du mari soit toujours accompagné de circonstances aggravantes. « En Angleterre, il faut qu'il y ait inceste, bigamie, abandon ou sévices graves. En Espagne l'adultère du mari réclame le mépris de la femme ou un scandale. »

La jurisprudence s'est bien aperçue qu'il y avait là une erreur et elle a cherché à y remédier par des procédés indirects. Dans ces décisions, elle semble, en effet, ne pas tenir compte de la réforme de 1884. Chose remarquable, elle, qui avait été la première à assimiler, l'adultère de la femme à celui du mari, en fait de séparation de corps, elle a montré, en fait de divorce, plus d'exigence dans la preuve de l'adultère du mari que dans celle de l'adultère de la femme. Le juge n'ayant eu ici de pouvoir d'appréciation qu'au point de vue de la preuve, a trouvé le moyen, dans ce champ très limité, de consacrer l'inégalité traditionnelle des sexes. « Il est tombé d'accord avec

les mœurs et les habitudes sociales pour exiger de la femme une régularité de vie plus complète. »

Ainsi, tandis que pour la faute du mari, il exige presque toujours la preuve des rapports coupables, en cas d'adultère de la femme, il se contente de faits beaucoup moins concluants. De plus, au sujet de la preuve par lettres missives, alors que la jurisprudence a élaboré une théorie où les deux sexes sont, en toute autre matière, sur le même pied d'égalité, elle a encore différencié les deux sexes à ce point de vue. C'est que les tribunaux se sont aperçus que le divorce n'avait pas, dans tous les cas, des conséquences identiques. Tout en faisant nos réserves au sujet des moyens qu'elle a employés, nous ne pouvons qu'approuver la jurisprudence d'avoir repoussé une assimilation injuste. Pour une fois, elle a compris que le divorce n'était pas seulement une sanction morale, ni une satisfaction accordée à une susceptibilité offensée, mais que c'était, avant tout, un remède qu'il ne fallait appliquer qu'aux situations désespérées.

Il est bien entendu que l'on ne devra prendre le mot adultère que dans son sens précis et ne pas lui donner une extension qu'il ne comporte pas. L'adultère n'englobe pas d'une façon générale tous les manquements aux devoirs de fidélité, manquements qui consistent soit en des faits d'importance secondaire, flirt, coquetterie, inconséquences, familiarités compromettantes ou incorrections mondaines, soit en des faits d'une certaine gravité. Dans ces derniers, nous devons ranger tous les actes

illicites prévus par les articles 171 et 175 du Code pénal allemand, c'est-à-dire la bigamie, et les actes d'immoralité entre personnes du même sexe ou avec les animaux. La bigamie mise à part, puisqu'elle se complique d'adultère, dans la majeure partie des cas, les autres actes immoraux ne peuvent constituer que des causes relatives de divorce à apprécier suivant les termes de l'article 231. Tous ces actes bien que présentant le caractère commun de porter une atteinte à l'exclusivisme de l'intimité charnelle qui est de l'essence du mariage n'atteignent cependant pas d'une façon directe le conjoint innocent.

Ils devront donc présenter un caractère de répétition de nature à justifier chez l'époux demandeur l'aversion insurmontable qu'il prétend avoir pour son associé. Le Code allemand s'est laissé très certainement influencer sur ce point par la tradition. « Dans l'énumération des faits prévus à l'art. 1565, on sent une réminiscence des vieux statuts germaniques assimilant à l'adultère, la sodomie, la pédérastie, l'amour des bêtes. »

Contrairement à l'opinion des juristes allemands nous nous en tenons strictement à l'adultère en tant que cause déterminée de divorce. C'est, d'ailleurs, ce qu'ont décidé les Suisses, après beaucoup de discussions, puisque le projet de 1896 mettait sur la même ligne que l'adultère une foule de faits immoraux.

Cette différenciation de l'adultère des autres manquements au devoir de fidélité sera une cause de res-

triction de divorce, puisque nous sommes ici en matière d'ordre public et qu'il n'est pas permis, par conséquent, de raisonner par analogie : tout est ici l'interprétation étroite et se sera à la Cour de cassation de maintenir ici le respect de la loi ; ce que d'ailleurs jusqu'ici, il faut bien l'avouer, elle a oublié de faire.

Pour les mêmes raisons, le juge ne devra pas confondre l'adultère avec la simple tentative d'adultère. Il faut que le délit ait été consommé, et que, par suite, le demandeur apporte la preuve de tous ses éléments constitutifs. Ainsi, le simple fait pour un époux d'avoir cherché à nouer des relations avec une domestique ne saurait être une cause déterminée de divorce, et nous blâmons la Cour de cassation d'avoir bien souvent approuvé l'assimilation de la simple tentative à l'adultère lui-même.

C'est bien à propos de l'adultère que le juge doit se rendre compte de la différence qui existe entre une cause péremptoire et une cause déterminée de divorce.

Faire de l'adultère un motif véritablement absolu de dissolution du mariage, « c'eût été revenir de plusieurs siècles en arrière, au régime de la loi *Julia de adulterius*. Ne serait-ce pas contraire, d'ailleurs, à ce grand adoucissement que la philosophie du Christ a opéré dans les mœurs avec la parabole de la femme pardonnée et ne serait-ce pas vouloir étendre le divorce d'une façon exagérée ? Faudrait-il donc se montrer plus sévère, plus inhumain que la loi pénale, elle qui permet à l'époux de toujours suspendre la répression publique ? » Il faudra que

le juge examine avec soin toutes les circonstances atténuantes et, pour qu'il en ait l'obligation non plus morale mais légale, nous avons introduit dans la loi certains tempéraments adoptés par les Codes suisse et allemand. Il peut se faire, en effet, que, non seulement la culpabilité de l'époux défendeur soit largement atténuée, mais encore, que quelles que soient les circonstances dans lesquelles s'est produit l'acte d'infidélité, on peut concevoir, malgré tout, une réconciliation certaine. La jurisprudence elle-même s'est aperçu de ce que l'article 229 avait de trop rigoureux ; elle a été obligée, dans bien des cas, de recourir au principe *fraus omnia corrumpit*, pour ne pas accueillir, dans tous les cas, la demande en divorce. C'est pourquoi notre alinéa 2 prescrit comme fin de non recevoir spéciale le consentement ou la participation de l'époux demandeur à l'acte incriminé. Il serait contraire à l'équité et à la logique de prêter une oreille attentive à la plainte de celui qui a provoqué ou même seulement toléré l'adultère. *Nemo auditur suam turpitudinem allegans*, disait un précepte antique. D'ailleurs, grâce à cette addition, nous éliminons une foule de cas de divorce : personne n'ignore, en effet, combien sont fréquentes les collusions entre époux et la comédie de l'adultère est l'un des moyens les plus souvent employés pour obtenir la rupture du lien conjugal.

Cette fin de non recevoir tirée de l'assentiment ou de la provocation de l'époux défendeur n'est, d'ailleurs, qu'une innovation théorique. Depuis longtemps cette so-

lution de bon sens et d'équité s'est imposée à la jurisprudence qui n'a pas hésité à l'admettre bien que la loi n'en parlât pas. Un jugement du tribunal de la Seine du 14 avril 1889 est très précis à ce sujet. « Attendu, dit-il, qu'on ne saurait admettre qu'un mari qui aurait autorisé sa femme à se livrer à la prostitution fut fondé à demander contre elle le divorce, sous prétexte d'adultère, qu'il serait nécessaire que le fait invoqué par lui eût causé un grief susceptible d'être ressenti par lui, ce qui, dans l'espèce ne saurait être prétendu, qu'il en est de même de la femme qui volontairement et de propos délibéré aurait tendu à la fidélité de son mari un piège dans lequel elle aurait désiré, espéré et calculé qu'il tomberait. »

Nous avons sciemment choisi le mot assentiment qui n'a aucune signification juridique. Il suffit donc que l'époux ait manifesté d'une façon quelconque son adhésion au fait reproché. Quant au mot participation, il doit s'entendre dans son sens le plus large, « car il implique soit la coopération, soit la complicité par instigation ou par assistance. » Néanmoins, il ne faudrait pas aller trop loin et voir une fin de non recevoir dans une simple attitude injuste du demandeur, « car on ne doit pas confondre les fins de non recevoir avec les circonstances qui peuvent atténuer la gravité de l'acte incriminé ».

Tout en refusant de voir dans l'adultère une cause péremptoire au sens absolu du mot et en considérant que l'examen des circonstances atténuantes doit s'imposer, il

est impossible d'aller jusqu'à admettre la compensation des torts. Il faut considérer que l'adultère est un acte très grave, que c'est même un délit ; et que par suite l'ordre public est ici intéressé. Ce serait une erreur de considérer cette cause comme purement relative et d'en apprécier la gravité à un point de vue tout subjectif. C'est pourtant ce qu'a fait notre jurisprudence qui s'est laissée un peu égarer par le mot pourra des art. 229 et 230. Nous avons voulu préciser ce point pour réagir contre des habitudes déjà anciennes, de nos magistrats ainsi que pour éviter toute controverse possible. Il serait contraire à la dignité du Mariage, ainsi qu'à la raison d'être essentielle du divorce, de laisser unis deux époux qui souillent l'un et l'autre la couche conjugale. Les juristes allemands, ont récemment rejeté le principe de la compensation des torts dans les causes déterminées de divorce. « Le Code impérial a réagi contre le système de plusieurs lois inspiré par le droit protestant d'accord sur ce point avec le droit canonique. Ainsi en Saxe et en Prusse on tenait compte de la compensation des fautes, mais néanmoins avec une différence très injuste en Prusse. Cette compensation n'avait lieu qu'au profit du mari et non de la femme. » Le rejet de cette tradition, sauf en cas de cause relative de divorce apparaît nettement pour les causes déterminées, dans l'article 1565. Quand le divorce est prononcé pour une de ces causes, le Tribunal doit en ce cas déclarer « que le défendeur est la partie coupable ; si celui-ci a formé une demande reconventionnelle reconnue également fondée, les

deux époux sont à déclarer coupables, ce qui exclue nettement la compensation des torts en particulier dans le cas d'adultère des deux parties ».

C'est au cas d'adultère aussi que le juge devra faire en sorte de montrer moins d'indulgence que par le passé. Alors que certaines décisions n'ont, à juste raison, considéré l'aveu du défendeur comme constituant une preuve suffisante que dans le cas où cet aveu était corroboré par d'autres circonstances démontrant l'absence de collusion entre les époux et l'exactitude des faits avoués (Tribunal de Charleroi, 2 février 1897), certains arrêts ont prétendu que cet aveu suffisait si les juges étaient convaincus, de sa sincérité (Nancy, 29 avril 1889), certains même sont allés jusqu'à accorder une pleine confiance à l'aveu, tacite résultant du défaut de défendeur. Or, le chiffre de ces jugements par défaut ne fait que s'accroître, chaque année, cachant presque toujours des divorces par consentement mutuel.

Nous avons pensé qu'il était bon d'introduire pour l'adultère une particularité dans la procédure du divorce. Cette cause est celle qui provoque certainement le plus de demandes irréfléchies, lancées sous le coup de la colère. Il sera donc utile d'obliger l'époux demandeur à renouveler dans le délai de six mois sa première requête qui, sans cela, sera considérée comme nulle et non avenue. Nous espérons ainsi qu'après mûre réflexion l'époux laissera parler en lui la voix de la raison, ou du pardon et qu'il ne donnera pas suite aux premiers élans de son ressentiment.

En ce qui concerne la preuve de l'adultère, il nous incombera de préciser la mission du juge qui, gêné par un texte étroit et au fond inique — nous l'avons démontré plus haut, — est parvenu au moyen de la preuve à violer l'esprit de la loi, tout en employant des procédés irréguliers. Qu'il nous soit permis de dire que si nous n'assimilons pas, quant au fond, l'infidélité de la femme à celle du mari, nous ne sommes plus du même avis quand il s'agit de l'administration de la preuve. Qu'importe ici l'agent auteur du fait matériel puisque toute la question est de savoir si ce fait a ou non existé. C'est pourquoi nous combattons de toutes nos forces cette injustice commise par nos tribunaux qui refuse à la femme les moyens de défense ou d'attaque permis au mari. Iniquité d'autant plus grave que la preuve, en matière de divorce, est déjà en elle-même très difficile. Comme tous les faits non juridiques, l'adultère doit être prouvé par témoins ou par présomption. Mais pratiquement comment y parvenir, à moins de surprendre les amants *in ipsis rebus veneris* ? Or, ce moyen est loin d'être facile surtout depuis qu'il n'est plus possible de recourir au commissaire de police pour faire constater le délit. « D'ailleurs, ce constat ne faisait pas foi par lui-même et le tribunal ne le considérait que comme un simple renseignement qu'il était souvent nécessaire de contrôler. D'ailleurs, les actes d'infidélité du mari commis en dehors de la maison conjugale échappaient forcément à ce mode de constatation puisque, ces faits n'étant pas délictueux, la police n'avait pas qualité pour

intervenir dans une affaire purement privée ne pouvant donner lieu à aucune poursuite ». Dans la plupart des cas, il est donc impossible d'apporter au juge une preuve vraiment décisive. En effet, que faut-il attendre de la preuve testimoniale ? pas grand'chose ; bien souvent même le juge au lieu d'être éclairé se trouvera le plus souvent trompé ! Qui peut lui donner des renseignements ? Des parent, des amis, des domestiques, bref, tous ceux qui ont vécu dans l'intimité de l'époux défendeur, c'est-à-dire ses amis dévoués ou ses ennemis acharnés, tous, en somme, des témoins plus que suspects de partialité ? Et puis, il y a encore à craindre les collusions si fréquentes entre époux, en cette matière. Toutes ces collusions, tous ces mensonges peuvent être assez facilement déjoués avec la preuve littérale. C'est pourquoi nous pensons que le juge devra se montrer pour les deux sexes très conciliant dans l'admission de la preuve. « L'époux demandeur, soit le mari soit la femme, pourra prouver l'adultère de son conjoint par des lettres de celui-ci à son complice ou réciproquement, ces lettres eussent-elles un caractère confidentiel et cela dans tous les cas, même si l'époux demandeur a employé des moyens blâmables pour se les procurer. S'il a commis pour cela des faits délictueux, il se verra bien appliquer les sanctions pénales, mais il aura fait la preuve de l'adultère et le divorce sera prononcé, en sa faveur. Ainsi donc l'époux pourra verser au débat soit une lettre qu'il a été retirer d'un bureau de poste et qui était adressée à son conjoint ou au complice de son conjoint, soit une

lettre achetée à ce complice soit une lettre remise à lui volontairement par une personne qui s'en serait emparée d'une façon répréhensible on aurait essayé d'extorquer de l'argent au coupable moyennant la reprise de cette lettre. » Mais contrairement aux arrêts de Cassation, l'un du 15 juillet 1885, l'autre du 9 juin 1883 et d'un jugement du tribunal de la Seine du 18 février 1899, nous ne nous réservons pas exclusivement au mari ces divers moyens de preuve car nous pensons qu'ici l'autorité maritale n'a rien à voir puisque nous sommes en présence non plus de deux époux, mais de plaideurs qui cherchent l'un et l'autre à démontrer leur droit. Ainsi donc, à propos de l'adultère, nous introduisons une dérogation aux règles générales de la preuve d'après lesquelles la correspondance privée et confidentielle doit être considérée comme inviolable. La nécessité nous oblige à adopter une solution aussi exceptionnelle, car appliquer ici le droit commun, serait mettre le demandeur dans l'impossibilité absolue de prouver la faute de son conjoint ; cela reviendrait en pratique à supprimer l'adultère comme cause de divorce, d'autant plus que nous imposons rigoureusement au juge de ne se prononcer qu'en pleine et entière connaissance de cause. D'ailleurs ne sommes nous pas couverts par l'autorité de Laurent et de notre jurisprudence et par la Cours de Paris en particulier avec son arrêt du 15 juin 1875 ?

N'y a-t-il pas cependant lieu d'examiner si nous n'incitons pas d'une façon indirecte les époux à commettre des actes répréhensibles pour assurer leur succès. Il est cer-

tain que cela encouragera quelquefois certaines mauvaises actions. Mais qu'y peut-on ? La vieille maxime romaine n'est-elle pas toujours vraie :

Non quod licet, honestum .

En tout cas, le plaignant hésitera à user de procédés par trop répréhensible dans la crainte de s'attirer de sévères sanctions pénales.

C'est sous le bénéfice des considérations que nous venons de faire valoir, que nous proposons le texte suivant :
Art. 229.

« L'adultère sera une cause de divorce pour les époux, sauf au cas d'assentissement ou de participation au délit.

Le juge devra dans tous les cas suspendre la procédure pendant 6 mois à compter du jour de la requête qui devra être renouvelée à peine de nullité.

En cas d'adultère réciproque, le divorce sera prononcé aux torts des deux époux. »

g) *Rejet des maladies comme causes de divorce.* — Nous avons admis, en principe, que la théorie de l'imputabilité de la faute, doit dominer toute l'institution du divorce.

Il nous reste maintenant à nous justifier et aussi à examiner si dans certains particuliers, il n'y aurait pas lieu d'apporter des dérogations à notre principe.

Pour la facilité de l'exposition nous distinguerons trois catégories de maladies :

- α) Les maladies ordinaires ;
- β) Les maladies mentales ;

γ) Les maladies sociales.

α) *Maladies ordinaires.* — Il est bien certain que nous n'envisageons ici que les affections qui se sont manifestées après le mariage. Déclarées auparavant, elles ne pourraient constituer tout au plus que des causes de nullité.

Notons d'abord qu'il serait peu sérieux de soutenir qu'il est possible de faire rentrer la notion de faute dans les maladies. La maladie est toujours un malheur et s'il y a quelquefois faute du conjoint c'est une circonstance particulière qui doit être examinée séparément. Mais nous ne pouvons nous dissimuler qu'il peut en résulter pour le conjoint bien portant un préjudice considérable tant au point de vue matériel qu'au point de vue moral. Et il y a de nos jours un grand courant d'opinion en faveur de l'admission de la maladie parmi les motifs de divorce. Tous ceux qui veulent l'élargissement de cette institution les frères Margueritte, par exemple, n'ont pas manqué d'insérer dans leurs projets les maladies répugnantes ou incurables. D'ailleurs, certaines législations anciennes n'ont pas hésité à considérer certaines affections morbides comme susceptibles de rompre le mariage. Le Talmud énumérait la chassie, la loucherie, la mauvaise haleine, même la gibbosité, la claudication, le bégaiement. Les anciens codes saxon et prussien plus exigeants n'avaient envisagé que les maladies dégoutantes. Que penser de telles solutions? Faut-il admettre, à titre de dérogation à notre principe, ces anciennes causes de divorce comme impérieusement exigées par les nécessités sociales ou par l'équité? Remar-

quons tout d'abord que le Code impérial allemand les a énergiquement rejetées, et seule la folie a pu trouver grâce devant lui. Le Comité de Réforme du mariage, si peu enclin pourtant à restreindre le divorce ne parle pas des maladies ordinaires ; il n'envisage dans ses articles 5 et 6 que la folie, l'ivrognerie invétérée et les maladies vénériennes. Le Code suisse lui passe sous silence toutes les maladies sauf la folie. Nous avons cru bon de rejeter comme causes de divorce toutes les affections physiques ou mentales et voici les motifs de notre décision.

1° Difficulté de diagnostiquer si la maladie est incurable. — Tout d'abord il ne faut pas oublier que le mariage est d'une importance sociale capitale, puisqu'il crée l'état des personnes. On ne peut donc concevoir sa rupture qu'en cas de maladies très sérieuses, ne permettant aucun espoir de guérison. L'irréremédiable ne peut s'appliquer qu'à des situations irréremédiables. Il faudra donc que le juge soit convaincu de l'incurabilité de la maladie. Or, les cas sont-ils bien nombreux où l'on puisse affirmer d'une façon catégorique que le mal est chronique ? Que ne peut-on attendre de soins éclairés et dévoués et des découvertes du lendemain ! Dans toutes les branches de la Science, et même en médecine, n'allons-nous pas, tous les jours, de surprise en surprise ; ne se produit-il pas de véritables miracles ?

2° Le juge devra avoir recours à l'expert. — En tous cas, le juge ne pourra pas par ses seules lumières se faire une idée exacte de la maladie. Il lui faudra forcément recourir

à l'expert ; c'est d'après l'opinion de celui-ci, qu'il pourra apprécier les faits qui ne sont pas de sa compétence. Certes, nous sommes loin d'être opposé d'une façon systématique à cette collaboration du juge et du médecin, collaboration qui, en matière pénale, a donné de si excellents résultats. Mais néanmoins nous craignons, en matière de divorce, une sorte de *capitis deminutio* du magistrat qui, surtout dans les grandes villes où il est écrasé par le nombre des affaires, finira par s'en rapporter uniquement aux conclusions du médecin légiste. Ceci présente un danger très grave. L'expert n'examine pas les faits au même point de vue que le magistrat. « Le premier ne considère dans une maladie que les conséquences qui peuvent affecter, la santé, la sécurité morale ou physique des conjoints. Le juge lui, de par ses fonctions, de par sa raison d'être, doit, surtout en matière touchant à l'ordre public, considérer le point de vue social. Or, bien souvent ces deux points de vue sont tout à fait différents. L'effacement du juge sera d'autant plus grand et son jugement sera d'autant plus susceptible d'être faussé que le médecin pourra très sincèrement se placer, en matière de divorce, à un point de vue tout particulier et aura moins de souci de l'intérêt général qu'en nature pénale où l'ordre public lui apparaît plus tangible. » Or, nous n'ignorons pas l'importance de l'expert. Ambroise Paré disait déjà : « les magistrats jugent suivant ce qu'on leur rapporte. » Vibert prétend qu'il serait superflu d'insister sur la gravité du rôle du médecin légiste. Celui-ci, écrit-il, discute au nom d'une science dont les principes sont or-

dinairement inconnus de ceux auxquels il s'adresse. L'on peut dire que dans bon nombre de cas, c'est de lui que dépend l'issue des procès.

De plus question de fait, mais question capitale, sera-t-il possible d'avoir toujours de bons experts ! Ceux-ci, en effet, ne doivent pas seulement être des bons patriciens ; ils doivent savoir assez de droit pour saisir ce que les juges veulent d'eux. Il ne s'agit pas là, en effet, de soulager ni de guérir, mais d'éclairer le magistrat et d'avoir assez d'impartialité et de sang-froid pour ne pas se laisser entraîner dans ses conclusions par l'idée préconçue que l'on s'est faite sur le procès en question. L'organisation et la pratique de la médecine légale est encore, il faut le dire, à l'état embryonnaire. Vibert dit que le nombre de bons experts est encore rare. « La grandeur et la responsabilité des fonctions du médecin légiste, écrit-il, réclament impérieusement de lui une compétence et une préparation spéciales. L'on voit d'excellents praticiens, bons cliniciens, d'ailleurs, s'acquitter d'une façon insuffisante de la tâche d'expert qui leur est momentanément confiée. »

Et puis même en supposant des experts capables, le juge ne sera-t-il pas souvent embarrassé par des conclusions contradictoires ; comment en présence d'avis partagés pourra-t-il se faire une conviction ? Or, une telle divergence d'opinions est non seulement possible mais, encore elle sera fréquente dans la pratique. Elle proviendra d'abord de la difficulté souvent insurmontable de diagnostiquer si véritablement la maladie est incurable. Car, ainsi que le dit

Brouardel, « même en cas de chronicité, l'allure d'une maladie peut changer dans le cours du même mois, de la même semaine ; or, l'expert examine après le médecin traitant. Le rôle du premier se borne à faire l'examen actuel du malade. Ses constatations peuvent donc être très différentes de celles du second, attendu que les lésions que le médecin traitant a été appelé à examiner ont guéri ou ont évolué de sorte que l'expert peut découvrir des lésions différentes de celles que celui-ci a notées et des symptômes qui n'existaient pas au moment de l'examen initial. » Et Brouardel indique un remède à cette situation mais il convient que c'est un remède que l'expérience a démontré impraticable. « Il faudrait que le médecin légiste, ajoute-t-il appelé à pratiquer une expertise, demandât au confrère qui a délivré les certificats de vouloir bien examiner avec lui la personne en observation ; mais la pratique a démontré que dans la majorité des cas, il n'y fallait pas songer. Et surtout, poursuit-il, en matière de divorce, cette contradiction entre le rapport et les certificats proviendra, il faut bien le dire, de certificats de complaisance, erronés le plus souvent parce que le médecin traitant, aura laissé surprendre sa bonne foi. Dans cette hypothèse, en effet, chaque fois que les époux demandent à leur docteur un certificat c'est pour s'en servir contre leur conjoint. Or, l'époux ne manque jamais, avant cette demande, de peindre son autre conjoint sous les couleurs les plus noires qui finissent par suggérer le médecin. Celui-ci ne se met pas, en général, assez en garde contre de telles déclarations. Il ne songe

pas assez souvent que la personne qui est en leur présence a intérêt à ce que les termes de la pièce qu'elle sollicite de lui soient conçus dans un sens déterminé et que pour arriver à ce résultat, elle ne manquera pas, au milieu de quelques vérités, peut-être, de glisser sur un bon nombre d'exagérations ou de mensonges. Il oublie qu'il doit se mettre en garde contre ces racontars, seraient-ils approuvés par des enfants eux-mêmes, car l'enfant est menteur par sa nature et n'hésite pas, quand la leçon lui a été faite, à raconter les histoires les plus monstrueuses avec un luxe de détail et un accent de sincérité remarquables. D'ailleurs, ce vice des certificats est d'autant plus dangereux que très souvent par lui-même, le certificat est une pièce des plus importantes du procès ; c'est presque dans la majorité des cas, un acte médico-légal et c'est en fait bien souvent sur lui, surtout s'il émane d'une notoriété médicale, que dépendra l'issue du procès. »

Dans bien des cas même, la preuve de la maladie se heurtera à un obstacle invincible. Souvent, l'expert ne pourra être qu'un médecin de la famille. Dans certains cas très délicats, le juge en sera réduit à ne pouvoir recourir qu'au seul témoignage de celui-ci, par exemple, pour s'éclairer sur l'état d'un des époux à une époque précise de sa vie, état que seul ce médecin a pu constater. Or, dans ces cas, l'expert ne pourra rien dire. « Dans la pratique, dit Brouardel, les médecins sont souvent sollicités à trahir le secret professionnel lorsque surgissent des demandes en divorce. Or, d'après l'opinion de tous les mé-

decins légistes, le médecin ne doit jamais délivrer de certificats constatant des lésions ou des déformations caractérisant ce motif. » Et voici les raisons très judicieuses que donne Brouardel. « Ou bien — et c'est le cas le plus fréquent — il a donné ses soins aux deux époux et ce serait trahir le secret de l'un d'eux ou bien, il n'a soigné que l'un d'eux, et alors, il n'a aucun moyen de contrôle pour déterminer le bien fondé de la version donnée par l'époux sur la cause de son mal. » Brouardel examine ensuite le cas où les parties elles-mêmes délieraient le médecin de son secret. L'obstacle à l'administration de la preuve ne tombe pas davantage suivant lui. « Quand le secret intéresse les deux parties, déclare-t-il, la permission de l'une d'elles ne suffit naturellement pas pour autoriser le médecin à le révéler, mais il en est de même, encore, lorsque le secret n'intéresse qu'une des parties et que c'est cette partie qui offre de délier le médecin du secret professionnel. L'espèce suivante a fixé depuis longtemps la jurisprudence. Une dame de Rémusat, qui avait fondé sa demande en séparation de corps contre son mari sur ce qu'elle avait été victime d'une maladie honteuse communiquée par celui-ci, le docteur Fournier qui avait traité ladite dame, durant cette maladie, fut sommé par jugement, de déposer sur tout ce qu'il savait à ce sujet. Le docteur se retrancha derrière l'art. 378 du Code pénal qu'il considérait comme interdisant, d'une façon absolue, la divulgation du secret professionnel. Ce fut en vain que la dame de Rémusat soutint en appel qu'il ne s'agissait point d'une révélation de

secret faite à l'insu de la personne qui l'avait confié, mais faite sur une interpellation de cette même personne, dans son propre intérêt et qui relèverait, en tant que de besoin, le médecin de l'obligation de garder le secret, la Cour de Grenoble ne fut pas de cet avis et réforma le jugement qui avait admis ces moyens, « attendu qu'il est de principe, dit la Cour, que toute personne dépositaire par état ou par profession des secrets qui lui sont confiés, ne peut les révéler sans manquer d'une manière sensible à la morale, sans encourir une punition ; que ce principe qui repose sur les plus grands intérêts, a été professé par les auteurs les plus distingués et consacré par nombre d'arrêts... ; attendu que le devoir du silence doit être surtout rigoureusement observé par les médecins ou chirurgiens lorsqu'il s'agit de maladies dont la nature honteuse ne pourrait être publiée, sans porter atteinte à la réputation des personnes et à l'honnêteté publique ; attendu que l'on ne peut contester que les médecins, chirurgiens, appelés en témoignage, doivent déclarer à la justice tout ce qui est à leur connaissance autrement que comme dépositaires par état des secrets confiés à l'occasion d'événements extraordinaires ou de maladies cachées, de maladies honteuses ; attendu que la loi qui défend aux médecins, aux chirurgiens, de révéler les secrets qui leur sont confiés, ne faisant aucune espèce d'exception, il est évident que dans toutes les hypothèses ce qui ne parvient à la connaissance des médecins, chirurgiens, que par cette voie doit rester impénétrable. »

Même, au cas où les deux parties délieraient le médecin de son secret, celui-ci a encore l'obligation de se taire. C'est ce qu'a décidé la société de médecine légale après un débat dans lequel prirent part Luiner, Chaudé et Gaillard, sur une question posée par Demange.

Brouardel donne à cette décision, une raison très logique. « De quoi, dit-il, les parties peuvent-elles délier le médecin ? De ce qu'il a dit lors de l'examen antérieur. Mais quelle part de la vérité a-t-il confiée à l'une ou l'autre des parties ? Les parties même, savent-elles les conséquences de la liberté qu'elles donnent au médecin ? Le médecin doit être convaincu qu'il doit rester fidèle observateur des préceptes traditionnels que nous trouvons heureusement en France consacré par la loi elle-même. »

Mais, en dehors de tous ces arguments techniques, il y a encore de fortes raisons pour écarter de nos lois les maladies comme causes de divorce. Si le législateur se laissait entraîner à une pareille solution, il ne tarderait pas à élargir le divorce d'une façon illimitée. Obligé de faire un choix dans les diverses affections qui peuvent s'abattre sur l'humanité, il ne pourrait s'inspirer, dans ce choix, que de l'arbitraire, car il serait impossible de cataloguer, d'une façon précise, les maladies capables de rendre la vie insupportable. Peu à peu, la jurisprudence serait obligée, à cause de l'équité, d'allonger la liste légale et l'on peut dire, qu'une fois le principe inséré dans la loi, toutes les manifestations morbides deviendraient susceptibles de dissoudre le mariage.

3° *Raison de haute moralité ne permettant pas de faire de la maladie une cause de divorce.* — Mais il y a surtout une raison bien plus haute, touchant à la morale qui nous interdit d'une façon formelle de permettre à l'époux de se prévaloir du malheur arrivé à son conjoint. Quoi serait-ce au moment où les Allemands eux-mêmes jadis si matérialistes dans leur droit, tendent à se hausser à une idée vraiment spiritualiste de l'union de l'homme et de la femme, que nous devrions abandonner cette sublime conception du mariage, léguée par notre propre tradition ?

Le mariage ne doit-il pas être une association pour la mauvaise et pour la bonne fortune ? Les conjoints doivent-ils être l'un vis-à-vis de l'autre comme ces oiseaux de passage qui fuient à l'approche des mauvais jours ? « Les devoirs finissent-ils donc avec les agréments et les plaisirs ? »

Suivant la belle expression romaine, le mariage est une société entière et parfaite qui suppose entre les deux époux, la communication de toutes choses divines et humaines, la participation aux biens et aux maux de la vie. « L'infirmité de l'époux que l'on voudrait être autorisé à répudier a peut-être été contractée dans le mariage ; comment pourrait-elle devenir une cause raisonnable de divorce ? La pitié, la reconnaissance ne doivent-elles pas alors devenir les auxiliaires de l'amour ? La nature qui a distingué les hommes par le sentiment et la raison, a voulu que, chez eux, les obligations qui naissent de

l'union des deux sexes fussent toujours dirigées par la raison et le sentiment. »

M. de Marcère a dit sur ce sujet les paroles définitives : « Le divorce ne se justifie et ne saurait être consacré par la loi civile que pour des raisons de haute moralité tirées des conditions même et de la nature du mariage ; il suppose une altération des sentiments qui avaient contribué à former l'union conjugale et telle que cette union brisée en fait, ne peut plus être maintenue. Mais cette altération des sentiments ne peut avoir des effets aussi graves lorsqu'elle n'est que le produit d'un changement de goût, de la fatigue des devoirs les plus impérieux ou d'un état physique qui rendrait la cohabitation impossible. Jamais la Commission ne s'est placée à un point de vue naturaliste. Le mariage ne se conclue que par des causes d'ordre moral ; c'est par des motifs de même ordre que le lien peut être rompu. Il n'est pas une association formée en vue d'embellir la vie, mais une communauté de peines et de maux auxquels toute créature humaine est soumise. Les malheurs immérités de l'un des conjoints, la ruine de sa fortune, la maladie, les infirmités, loin d'être une cause d'éloignement réciproque et de séparation sont bien plutôt l'occasion de développer l'esprit de sacrifice, le détachement de soi, la tendre compassion pour des maux partagés qui constituent vraiment l'union conjugale. Une législation qui aurait pour effet de tarir cette source de vertus, qui viendrait en aide à l'égoïsme féroce et à la dureté des cœurs fermés aux sentiments les

plus humains, serait en contradiction absolue avec l'idée que nous nous faisons du mariage. »

Et nous pouvons terminer, en rappelant ces paroles, d'une générosité française, contenues dans le serment que prête à sa fiancée le futur époux, en présence du prêtre gallican.

« Je te prends pour ma femme légitime afin de te posséder à partir de ce jour, dans la prospérité et dans l'adversité, dans la fortune, et dans la pauvreté, dans la maladie et dans la santé, pour t'aimer et te chérir jusqu'à ce que la mort nous sépare. »

β) *Maladies mentales* : 1° *Ces maladies doivent être envisagées d'une façon particulière.* — Arrivons maintenant à l'étude des maladies mentales. Tous les raisonnements faits à propos des maladies ordinaires n'ont ici qu'une portée relative. Car dans toutes les affections morbides autres que la folie, l'individu reste avec toute son unité physiologique. « Qu'importe, en effet, qu'il soit lésé dans tel ou tel organe, ses facultés les plus nobles, les plus élevées qui constituent en somme son individualité sensitive et vivante n'ont subi aucune altération. L'aliéné, au contraire, survit en quelque sorte à lui-même mais considérablement diminué ; ce n'est plus un chef de famille, un père, ou un époux ; ce n'est plus même un citoyen conscient de ses actes et responsable. Il est devenu un aliéné, c'est-à-dire un étranger à lui-même, à ses idées, à sa famille. » « La maladie a accompli son œuvre de destruction ; elle a atteint les foyers de l'intelligence et

des sentiments et c'est à peine si le dément reconnaît ses proches, s'il se souvient d'eux et leur témoigne un peu d'affection. Ce n'est plus un être sensible, émotif, un ami bon et affectueux. C'est un être indifférent, au regard atone, sans expansion, égoïste et passif, absorbé par ses visions incessantes ou plutôt dans le néant de ses pensées et qui n'a plus rien à demander à la société puisqu'il n'a plus rien à lui offrir, il est incapable de se diriger dans la vie, de pourvoir à ses besoins, d'exercer ses droits civils et l'asile avec sa vie méthodique, le respect de ses habitudes est le seul milieu désormais dans lequel il puisse vivre. La vie physique persiste en lui et persiste avec une intensité tellement puissante qu'on en a vu survivre pendant 30 ans au naufrage de leur raison et poursuivre ainsi une existence inconnue, inutile et silencieuse. Alors qu'il est physiologiquement vivant, il est mort pour la vie morale et l'affection de ses semblables. » Devant de telles considérations en apparence aussi fortes, on doit se demander si, non seulement dans l'intérêt du conjoint bien portant mais encore dans l'intérêt social, il n'y a pas lieu de rompre un mariage, qui en fait n'existe plus et qui ne peut avoir que des conséquences désastreuses pour la race, alors que le malade, au contraire, ne peut réclamer que des soins matériels et ne subirait aucun préjudice d'une séparation définitive. Cette idée a déjà été admise en France par le Droit révolutionnaire ; elle a reparu, en 1884, avec le projet élaboré par la Commission de la Chambre des députés, grâce à une proposition de

•

M. Guillot. Depuis on a agité bien souvent la même question et tous les partisans de l'élargissement du divorce ont été d'avis de faire revivre, en ce point, la législation de 1792.

L'argument, qui jusqu'ici a toujours fait triompher l'opinion contraire a été le devoir d'aide et d'assistance qui est une des principales assises de notre mariage, et toujours il a paru spécieux de n'exiger pour l'époux dément que l'assurance de soins matériels. Insistons davantage sur ce sujet et demandons-nous si véritablement l'interdit ne doit pas réclamer davantage et si la situation est aussi grave qu'on a bien voulu le prétendre.

2° *L'idée de faire de la folie une cause de divorce gagne du terrain de jour en jour.* — M. Maurice Colin, député, a présenté, le 30 octobre 1905, une proposition de loi tendant à rétablir la folie comme cause de divorce. En voici le texte : « Quand, depuis 3 ans au moins, l'un des époux aura dû être colloqué et maintenu dans un asile public ou privé d'aliénés, l'autre époux pourra demander le divorce, pour cause d'aliénation mentale, sauf à établir que celle-ci est incurable. Dans ce cas, le divorce sera toujours prononcé aux torts réciproques des deux époux ; toutefois, au point de vue alimentaire, le conjoint qui aura demandé et obtenu le divorce sera soumis aux obligations dont il serait tenu si le divorce avait été prononcé contre lui pour une des causes visées par les articles 229 à 232 du Code civil. »

Son exposé des motifs ne fait que résumer les raisons

qui ont été invoquées jusqu'ici en faveur de cette cause de divorce. « Il y a vingt-six ans dit-il que la loi a rétabli le divorce en France et pourtant le mari dont la femme est folle, la femme dont le mari devient également dément, ne peuvent pas reconquérir légalement leur liberté, rompre le lien qui les unit à un incurable, échapper à l'obsession de vivre en face d'un personnage issu d'un drame d'André de Lorde.

Alors que les législations de l'Illinois, du Maine, ou du Connecticut autorisent les tribunaux à prononcer le divorce pour toute cause qui leur paraît de nature à justifier la séparation des époux, nous sommes encore fort mal à l'aise dans le cadre étroit de la loi de 1884 et tout le monde souhaite que le mariage ne pèse plus sur les conjoints comme un joug qui les blesse à chaque mouvement ou comme une chaîne rivant, sans les appareiller, deux forçats. Toutes les législations qui ont compris la folie dans les causes de divorce, entre autres le Code civil allemand de 1900 et la loi fédérale suisse de 1874, ont estimé ce délai de 3 ans suffisant comme temps d'épreuve ; et de fait, lorsque pendant 36 mois la raison a déménagé pour battre la campagne il y a bien peu de chance pour qu'elle réintègre son logis. Et lorsque toute intimité est devenue impossible, quand la cohabitation même est un danger perpétuel, la loi serait non seulement inhumaine, mais criminelle en se refusant à rompre des liens qui ne sont plus que des menottes aux poignets de 2 innocents. »

Un examen minutieux est d'autant plus nécessaire que

les partisans de cette nouvelle cause de divorce ont remporté, en 1900 une victoire éclatante, victoire d'autant plus remarquable que le Code impérial allemand a dû déroger ainsi au principe de la faute qu'il avait inscrite au frontispice de sa loi. De même le Code suisse dans son article 144 n'a fait que répéter en quelque sorte l'art. 1569 allemand. Il semble donc à l'heure actuelle qu'une réforme dans le même sens doive incontestablement s'imposer dans notre loi de 1884. Et pourtant, après mûre reflexion, nous avons pensé que la solution inverse est seule admissible. Tout d'abord qu'entend-on par folie ou démence ? Les anciens pourtant peu savants différenciaient déjà trois sortes de fous : le *furiosus*, l'*imbecillus* et le *mente captus*. Aujourd'hui nous ne sommes plus à compter les multiples classifications données par la médecine : il y a les fous ordinaires, les fous paralytiques, les délirants chroniques, les épileptiques, les alcooliques, les dégénérés héréditaires, en ne mentionnant que les catégories les plus générales et les plus usuellement adoptées. En droit pénal, la jurisprudence distingue au point de vue de l'imputabilité des crimes et des délits : les imbéciles et les fous ; les fous eux-mêmes se subdivisent en déments et en maniaques. Mais quoi qu'il en soit, le civiliste ne sera pas aussi embarrassé qu'on pourrait le supposer. Pour lui, peu importe la nature de la folie ; il n'a qu'à déterminer le degré que cette folie doit atteindre pour rendre la vie commune impossible. La seule démence qui puisse le préoccuper est celle qui est susceptible de supprimer toute communion intellectuelle entre les époux. C'est bien

à ce point de vue que s'est placé le Code allemand. Son article 1569 dit, en effet : « Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint est frappé d'une maladie mentale..... et que cette maladie a atteint un degré tel que la communion intellectuelle est supprimée entre les époux et que tout espoir de la voir se rétablir est perdu. »

Le Code suisse n'a pas eu une vision aussi nette de ce qu'il devait exiger. Son art. 141 dit, en effet : « Chacun des époux peut demander le divorce, en tout temps, pour cause de maladie mentale de son conjoint si cet état rend la continuation de la vie commune insupportable au demandeur et qu'après une durée de trois ans, la maladie a été reconnue incurable, à dire d'experts. » Le texte et l'esprit de cet article sont éminemment critiquables. Ils n'envisagent pas, en effet, chez le malade ce qu'il était justement indispensable d'envisager, « c'est-à-dire comme nous l'avons dit plus haut, l'être qui a cessé de penser, d'aimer et de comprendre, qui a perdu les plus exquises facultés de sa personnalité, les énergies de son esprit, les sensibilités de son cœur, qui a cessé d'être lui-même. » Ils n'ont vu en lui que celui qui rend à son conjoint la vie insupportable. Les idées toutes spiritualistes que nous nous sommes faites du mariage, nous font considérer cette façon de voir si matérialiste comme une véritable erreur, erreur d'autant moins excusable que l'art, 141 ne semble plus être que l'inutile répétition de l'article 142. Cette remarque d'ailleurs est si juste qu'elle est corroborée, par les déclarations de Huber. On sait, en effet, que ce savant juriste avait dans

son Avant projet, englobé la folie dans le principe général édicté par la formule large et que c'est la Commission qui désira expressément lui consacrer un article spécial. Or, la principale raison de la rédaction de l'art. 141 fut de préciser la loi de 1874 relativement au point de départ de la durée de la maladie et de faire cesser les controverses qui s'étaient élevées à ce sujet.

Mais il est une chose sur laquelle les législations suisse et allemande sont pleinement d'accord et que nous devons retenir : C'est l'exigence de la preuve de l'incurabilité de la maladie. Or, cette preuve est-elle possible ? Y a-t-il un critère certain qui permette à l'homme de l'art d'affirmer que tout espoir est à jamais perdu ? Cette question est d'une importance capitale pour le législateur, car il ne s'agit pas d'ébranler à la légère les bases sur lesquelles repose notre Société. Le Docteur J. Luys est très affirmatif sur ce point :

« Il admet l'incurabilité de certains états morbides bien définis, bien reconnus : comme la paralysie générale, par exemple. Pour les autres formes morbides, il est presque aussi absolu et arrive à dire qu'après avoir observé le malade pendant 4 à 5 ans, dans un asile, après l'avoir suivi, examiné sous tous ses aspects, un médecin peut toujours arriver à se prononcer sur l'avenir du sujet et à le classer oui ou non parmi les cas curables ou incurables sur lesquels on peut légalement statuer ; il prétend que les cas de guérisons tardives que l'on cite sont dépourvus des garanties scientifiques que l'on est en droit de demander à des observations péremptoires. »

Cependant la majorité des aliénistes est loin de partager les idées du docteur Luys. La plupart déclarent qu'on ne peut affirmer que la folie soit une maladie incurable ; à leur avis il y a des circonstances dans lesquelles, elle déjoue tous les calculs et dans cette matière tout est soumis à l'exception : c'est l'irrégularité et l'imprévu qui dominent.

Pour eux « il n'est pas cliniquement possible d'affirmer dans un cas donné, à quelle époque la raison peut être irrémédiablement éteinte et à quelle autre moment elle peut encore présenter quelques lueurs capables de remettre en vigueur l'action mentale ».

Le Docteur Rugues de Fursac, médecin en chef des Asiles de la Seine, prétend que dans bien des cas la folie est guérissable. Voici ce qu'il écrit à ce propos. « S'il est un fléau redouté entre tous les fléaux, c'est la folie. Et de fait on doit reconnaître que les maladies de l'esprit sont, en général, fort graves ; graves parce qu'elles troublent et parfois anihilent la fonction la plus élevée de l'organisme, celle par laquelle l'homme domine la nature et peut prétendre au titre de roi de la création, graves parce que d'un membre actif et utile d'un corps social, elles tendent à faire une non valeur et souvent même un élément de perturbation et de danger ; graves enfin parce qu'elles comportent un pronostic sévère et que beaucoup sont totalement ou partiellement incurables.

Cependant, cette vue objective et positive des faits ne doit pas nous conduire à un pessimisme injustifié. Si terrible que soit le mal, il n'est pas sans remède. L'opinion

répandue dans certains milieux médicaux peu familiarisés avec l'aliénation mentale que la folie ne guérit point est très certainement erronée. Il y a des maladies mentales qui guérissent et il y en aura d'autant plus que les malades seront soumis à un traitement plus rationnel.... » Enfin les grands spécialistes de la folie, tels que Magnan, Charcot, Blanche n'ont pas craint d'affirmer que chez les adultes la démence accidentelle est guérissable, la démence héréditaire seule est incurable. Mais cette démence se manifeste par des symptômes certains avant l'âge où l'on se marie ; dans ce cas le conjoint de l'aliéné a dû envisager, au moment du mariage les pires éventualités. « Quant aux malades atteints de paralysie générale, ils sont effectivement incurables, mais il n'est pas besoin de recourir au divorce pour solutionner une situation sans espoir. Avant l'état désespéré que la dernière période amène, les malheureux frappés de paralysie générale sont sujets à des retours à la santé au moins apparents que les médecins appellent rémissions pendant lesquels le malade recouvre en partie l'usage de la raison. Puis, après 2 à 5 ans d'une crise aiguë, la mort vient infailliblement faire son œuvre et dissoudre elle-même le mariage. »

Ces dernières déclarations nous permettent de conclure qu'il est presque impossible pour le médecin de se prononcer d'une façon catégorique sur le point de savoir si la folie est vraiment complète et incurable. Or, ces 2 conditions sont indispensables pour qu'on puisse admettre la

folie parmi les causes de divorce. La raison d'abord et la pratique en font une loi absolue.

3° *Multiplicité des divorces résultant de l'admission de la folie comme cause de divorce.* — Sachons, en effet, que la démence est à notre époque de surmenage physique et intellectuel une des grandes plaies du siècle. « Il y a dans la circulation, a constaté Lucien Descaves, un grand nombre de malades de ce genre que nous coudoyons journellement. Nous ne devons pas ignorer les ravages funestes de l'alcool si répandu dans les classes ouvrières. Il n'y a pas seulement de fous que ceux que l'on fait interner ou qui comparaissent pour des actes anormaux devant nos tribunaux répressifs. Il n'y a pas que l'usage de l'alcool et de la morphine qui détraque aujourd'hui beaucoup de personnes. L'éther, dont la vente est libre et dont une pharmacie entre autres débite plus de 15 litres par jour, a ses consommateurs dont le nombre va croissant. On commence par respirer les vapeurs du poison, on finit par le boire à doses considérables. Le dispensaire de la Préfecture de Police est renseigné à cet égard : ses habitués sont des éthéromanes dans la proportion de 40 0/0. Et ainsi de la cocaïne ». Or, faudra-t-il donc à la moindre crise faire interner son conjoint et réclamer le divorce ? Où commence la maladie et à quels signes reconnaître qu'elle est devenue incurable ? Autant de points dont le discernement est, nous l'avons démontré, si difficile. Lorsque les médecins eux-mêmes hésitent à se prononcer, où le magistrat prendra-t-il le

droit d'intervenir dans l'intérêt de l'époux bien portant ?

Enfin faut-il encore qu'en fait le nombre des divorces ait des limites, car il serait alors difficile de faire croire que le mariage est encore chez nous une réalité !

Cette nouvelle cause de divorce oblige à placer le médecin aux côtés du juge. Beaucoup de civilistes ont eu beau prétendre qu'il suffisait d'avoir du bon sens, de la psychologie pour apprécier l'état mental de l'individu, nous sommes absolument convaincu que ce serait une erreur grave de laisser trancher par le magistrat seul un point de fait aussi délicat. Malgré tout, l'avis de l'expert aura ici une grande importance, parfois même une importance capitale lorsque les circonstances de la cause n'offriront à la conviction du juge que des présomptions faibles ou contradictoires.

4° Danger d'introduire le médecin dans les procès en divorce. — N'y a-t-il pas en matière de folie, plus encore peut-être qu'en matière de maladies corporelles ordinaires, un danger grave à introduire l'expert dans les débats ?

Troplong a répondu à cette question dans une tirade où beaucoup de vérité se mêle à l'exagération. « La médecine légale affecte, depuis quelque temps, la prétention d'imposer ses oracles à la jurisprudence. Il faut l'avouer, ce que j'ai vu et entendu de certains médecins dans ma carrière judiciaire dépasse toute croyance ; il n'y a pas un homme qu'on ne pourrait déclarer monomane en les écoutant. Si Pascal n'était pas mort, il devrait prendre

garde à lui, car je connais maints docteurs qui le tiennent pour halluciné. Socrate est bien heureux d'être venu sitôt. Il a péri, du moins, avec la réputation d'être le plus sage des hommes, tandis qu'on pourrait bien trouver, dans plus d'un savant écrit médical, qu'il était à peu près fou avec son démon familier. Enfin, faut-il le dire encore, n'ai-je pas vu des consultations qui rappellent trait pour trait les scènes de notre divin Molière ? Un mouvement nerveux dans le visage, un tic familier, une manière de parler, un geste, les choses en un mot les plus simples et les plus naturelles, étaient tournées en diagnostic et pronostic. Et l'on voudrait que nous, juges, qui tenons dans nos mains la liberté et la capacité civile des personnes, nous fissions dépendre de si faibles symptômes, ces grandes questions où sont engagés l'honneur des familles, la succession des biens, et les droits les plus chers de l'homme ? Je pense que la médecine légale n'a ajouté aucun progrès sérieux aux doctrines reçues dans la jurisprudence et qu'elle ne doit en rien les modifier. »

Sans partager les vues de Troplong, il n'en est pas moins vrai que de graves abus ne tarderaient pas à se produire. D'abord, il y aurait à redouter les simulations des époux, simulations fréquentes et que bien peu souvent le médecin parviendrait à déjouer. Mais ce n'est pas tout ; combien d'époux criminels n'hésiteraient point à séquestrer arbitrairement leur conjoint pour pouvoir, au bout du délai légal, s'en débarrasser complètement. Personne n'ignore avec quelle facilité il est permis actuelle-

ment d'obtenir un internement volontaire et qu'il n'existe qu'une surveillance toute théorique sur les maisons privées ou publiques d'aliénés. On pourrait objecter, il est vrai, qu'une modification de la loi de 1838 ferait disparaître les abus ; mais la réforme de cette loi depuis si longtemps réclamée, demandera encore bien du temps à se réaliser, et tant que cette loi ne sera pas abrogée, il faudra bien en tenir compte.

Pour nous, les arguments que M. de Marcère invoqua devant la Chambre des députés, ont toujours leur valeur. Le devoir de solidarité et d'assistance mutuelle entre époux ne finit pas avec la prospérité. La folie est guérissable, dans bien des cas, disent les grands aliénistes, mais est-ce vouloir favoriser la guérison du dément qu'abandonner le malheureux à des étrangers et à des indifférents ? C'est juste au moment où l'époux a besoin de se sentir entouré d'affection et soutenu moralement, que le législateur ferait le vide autour de lui. A quelles sombres idées, à quelles terribles hallucinations serait en proie le cerveau déjà affaibli de cet infortuné, lorsque, aux heures de répit, il réfléchirait sur son triste sort ? Ne serait-ce pas la seule façon d'aggraver son mal d'une façon irrémédiable ? Nous l'avons déjà dit, si notre loi de 1834 a passé sous silence la folie, c'est que dans son esprit elle n'en voulait pas comme cause de divorce. La jurisprudence, pourtant si téméraire d'habitude, n'a pas osé tourner la loi et introduire dans la pratique ce motif de dissolution du mariage et nous devons considérer

comme une décision exceptionnelle, un jugement du tribunal civil de Montpellier admettant, comme motifs de divorce, « des imputations outrageantes d'un mari dérivant d'hallucinations d'un esprit troublé, rendant la vie commune impossible. »

L'argumentation, tirée de l'acceptation de la folie comme cause de divorce par le Code impérial allemand, n'a pas une grande force à nos yeux. Il s'en est fallu de bien peu qu'une solution inverse fût acceptée. « Le premier projet n'en avait pas parlé. Ce fut sur les instances de quelques juristes que la démence vint figurer sur le second projet. Le centre catholique du Reichstag fit rejeter ce motif de rupture du lien conjugal. Il fallut l'intervention personnelle du garde des Sceaux pour le faire réapparaître en troisième lecture. Les raisons qui furent données n'ont qu'une portée toute relative. Le Gouvernement prétendit qu'on devait assimiler la folie à une mort spirituelle, que d'ailleurs le principe était admis depuis 1782 déjà, en Prusse, et qu'enfin supprimer cette cause de divorce serait un véritable désastre pour la démocratie et les classes moyennes. »

Remarquons que les conditions imposées par l'article 1569 sont rigoureuses, qu'elles rendent, en fait, presque impossible l'application de la loi. Il faut, en effet, que la maladie ait duré au moins 3 ans et qu'elle ait atteint un degré tel que tout espoir de retour à la raison soit perdu. Que serait-ce alors si le Code avait encore exigé, comme la raison l'impose, d'ailleurs, que l'affection

se soit manifestée après le mariage, qu'elle ait été marquée en quelque sorte, d'une façon officielle, par une interdiction judiciaire ou un internement dans un asile d'aliénés, et qu'elle ait présenté enfin, pendant tout le cours du délai, un caractère de continuité ? Les Allemands n'ont pas pu se dégager, en l'espèce d'une tradition qui pesait si fortement sur eux. Bien que nous ne puissions que les féliciter de s'être débarrassés, d'une façon générale, de leurs idées matérialistes sur le mariage, nous devons critiquer cet article 1569 qui est une survivance du vieil esprit germanique. Et ce n'est pas à nous, en tout cas, à suivre l'exemple des juristes d'Outre-Rhin. Les deux nations diffèrent trop par leur caractère, pour rendre possible, sur ce point, une transposition de législation d'un pays dans l'autre. Tous les arguments que nous avons donnés, au sujet des maladies ordinaires, trouvent ici une force particulière, car s'il y a une maladie digne de pitié et propre à exciter les dévouements les plus sublimes, c'est bien la folie qui « donne le spectacle navrant d'un être assistant, impuissant et conscient par intervalle, à sa propre déchéance. »

Donc, que l'époux bien portant « par suite d'un calcul odieux ou dans un esprit de sacrifice sans bornes puisse croire que l'être à qui il s'est uni lui sera rendu après une terrible épreuve ou sache à l'avance qu'une mort inexorable délivrera, dans un court délai, l'infortuné à qui il est uni ; dans aucun cas, la société n'a le droit d'intervenir pour délier un nœud ni pour dégager

un époux des devoirs qui subsistent, qui sont rendus plus étroits par le malheur même, que l'on a accepté volontairement quelquefois et, dans le cas contraire, dont l'accomplissement, si pénible qu'il soit, n'est jamais sans espérance. »

γ) *Maladies sociales.* — En étudiant les maladies ordinaires, nous avons laissé de côté toute une catégorie d'affections corporelles qui ont une importance sociale capitale tant par les ravages qu'elles causent sur la génération présente que sur les générations à venir. La question qui se pose est donc un peu différente de celle qui s'est posée jusqu'ici. Ce n'est pas l'intérêt immédiat du conjoint bien portant qui est ici surtout en jeu ; ce qui passe au premier plan, c'est l'intérêt de la race, l'avenir du pays.

Doit-on, au nom de cet intérêt supérieur, briser une union parce que l'un des conjoints est devenu tuberculeux ou syphilitique ?

I) *Tuberculose.* — Examinons d'abord le cas de tuberculose.

« C'est actuellement, dit un publiciste, le plus redoutable fléau dont souffre l'humanité et parmi toutes les nations c'est la France qui est la plus atteinte. Cette maladie est un fléau national tant à cause du fléchissement de la natalité, que par suite de son augmentation de jour en jour plus grande alors que d'autres calamités comme la peste et la lèpre ne font que reculer, tout au moins dans nos pays civilisés d'Europe. On l'a appelée avec

raison la grande faucheuse. On évalue à 100.000 le chiffre de ses victimes par an pour notre seul pays. La tuberculose est surtout la maladie des pauvres. Les statistiques de M. Bertillon sont édifiantes à cet égard. Ainsi à Paris, les quartiers de l'Observatoire et de Ménilmontant sont trois fois plus atteints que ceux de l'Elysée ou de l'Opéra. Pour un même chiffre de 100.000 habitants, on compte 173 décès tuberculeux dans le 8^e arrondissement; 263 dans le 11^e; 629 dans le 14^e; et enfin 596 dans le 20^e. La ville de Paris, d'ailleurs, est la plus insalubre des capitales à ce sujet. On y compte 39 décès tuberculeux par 10.000 habitants, alors qu'à Athènes il y en a 30, à Berlin 23, à Londres 18. La mortalité tuberculeuse est pour la France de 35 par 10.000 habitants, de 24 pour l'Allemagne, de 16 pour l'Angleterre, de 10 seulement pour la Belgique, l'Ecosse, la Hollande, l'Italie et la Norvège. De plus on remarque une tendance à un recul en Angleterre, en Allemagne, aux Etats-Unis, alors qu'en France cette maladie a tendance à augmenter sous l'influence de l'alcoolisme. » Une enquête sur la répartition de la morbidité tuberculeuse a été faite pour les campagnes. Il ressort de cette statistique que la moyenne de la morbidité tuberculeuse est de 3 pour 1.000 habitants, pour la population rurale.

Les départements où le nombre de tuberculeux dépasse de beaucoup celui de la moyenne sont ceux de la Mayenne, de la Loire, de la Drôme et des Hautes-Alpes. On peut dire que c'est dans les régions quelque peu arriérées et

sans hygiène, que la morbidité tuberculeuse est la plus grande.

Il est inutile de préciser les conséquences désastreuses de cette terrible maladie sur l'individu lui-même. L'intéressant pour nous, ce sont ses conséquences d'avenir. Certes, l'enfant du tuberculeux n'est pas forcément tuberculeux. Ainsi dans un hospice des enfants trouvés on n'a pu constater qu'un tuberculeux sur 613 enfants recueillis dans douze ans et tous nés de père ou mère phtisiques. Sur 300 enfants issus de mères tuberculeuses, Heller n'a pu trouver qu'un enfant tuberculeux. Malheureusement si l'on ne naît pas atteint déjà de tuberculose, on naît tuberculosable.

« Les prédisposés de la tuberculose se reconnaissent, d'ailleurs, à des signes certains ; et bien qu'on ne puisse pas dire d'eux encore que ce sont des malades ni des non valeurs sociales, ce sont des tempéraments vulnérables, incapables de se défendre contre les causes morbides communes et surtout contre celle qui les menace incessamment. Qu'importe que l'hérédité ne puisse jouer qu'un rôle très effacé dans l'éclosion de cette terrible maladie, s'il crée une disposition aussi évidente ! »

Or, le bacille tuberculeux existe à l'état latent presque partout.

« Il est remarquable par sa résistance extraordinaire à tous les agents physiques. Il ne craint ni la chaleur, ni le froid, ni l'humidité, ni la sécheresse. Déposé dans un endroit obscur, il conserve longtemps sa virulence. Trans-

porté par le tuberculeux qui le sème partout où il passe, il vit aussi bien dans les boutiques que dans les bureaux de poste, les théâtres, les églises ; il pullule dans ces voitures publiques, dans ces wagons de chemins de fer où l'on s'entasse, dans ce fiacre où l'on s'installe sans défiance quelques instants après qu'un phtisique l'a rempli de ses expectorations. C'est particulièrement par les voies digestives que se fait la contagion. Elle peut surtout s'effectuer par l'introduction dans la bouche d'aliments souillés par les bacilles. Par exemple, l'enfant qui joue au sable dans un square ou un jardin public couvre ses mains de poussières tuberculeuses et absorbe avec son goûter des bacilles. De même l'ouvrier laisse négligemment son déjeuner qu'il prend dans l'atelier voisiner avec toutes les poussières ambiantes ; son pain souvent renversé à terre, est ensuite ingéré recouvert de poussières bacillifères. Les blanchisseuses aussi prennent fréquemment leur repas dans la pièce où se fait le triage du linge sale ; leurs aliments reposent à même sur les tables poussiéreuses, sur les baquets ou sur les sacs de linge contaminé ; ce corps de métier est d'ailleurs reconnu comme étant plus souvent atteint que d'autres par la tuberculose. Quant à la contagion par la voie respiratoire, elle est de beaucoup moins sûre et moins fréquente. »

Il résulte, en effet, d'expériences faites dans les hôpitaux et les sanatoria que cette contagion est presque nulle et le docteur Jousset va même jusqu'à dire qu'il n'a per-

sonnellement trouvé aucun cas de transmission de tuberculose par les voies respiratoires.

Depuis que l'attention a été éveillée sur la contagiosité de la tuberculose, on a cherché à se demander qu'elle importance pouvait présenter la contamination familiale.

Les statistiques sont très rassurantes à cet égard et démontrent qu'il n'y a pas pour l'époux bien portant un péril aussi grand qu'on pourrait le croire *a priori* étant donnée la fréquence des rapports entre le malade et son entourage qui ne se délie d'ailleurs pas plus que lui du danger qui l'entoure. Certes, on a vu des cas exceptionnellement effrayants. « Ainsi une femme née de parents tuberculeux et atteinte elle-même de toux chronique, de dyspnée et d'hémoptisie se marie en 1872; son mari meurt phthisique en 1879 : la même année, second mariage, le mari meurt, en 1881, tuberculeux; le dernier mari était arrivé au dernier degré de la phtisie quand la femme meurt elle-même en 1884. » De tels faits connus et amplifiés par la répétition, ont engendré chez beaucoup de personnes une terreur déraisonnable qui a produit surtout au point de vue moral dans les esprits les plus fâcheux résultats.

« L'Ecole contagionniste, dit Jousset, a jeté les esprits dans un état de folie furieuse. C'est elle qui a déterminé quelques bons esprits à demander le divorce quand l'un des conjoints se trouve atteint par la tuberculose. »

Voyons si véritablement le conjoint court un danger

tellement grave que son intérêt seul doit exiger en pareil cas, une prompt rupture du mariage. Jousset qui s'est occupé sérieusement de la question, est arrivé aux conclusions les plus rassurantes.

« La lamentable histoire de la jeune fille exhubérante de vie et de santé, mariée à un phtisique et succombant quelques années après à la même maladie, est une légende. La mortalité du mari et de la femme par la phtisie, en retranchant les cas où les conjoints sont de souche tuberculeuse est de 3 0/0. Le fait de la tuberculose des deux époux constitue une rareté si grande qu'il se passe souvent des mois à mon dispensaire sans qu'on puisse le constater. Dans notre livre sur la tuberculose, en 1899, nous avons rapporté 134 observations de phtisie dans le mariage. Sur ces 134 observations, 77 fois les femmes sont mortes phtisiques et les maris ont survécu de longues années ; 51 fois les maris sont morts tuberculeux et les femmes ont survécu sans présenter de signes de contagion. Dans 6 cas les deux conjoints ont été frappés de tuberculose, dans 3 de ces cas existait une tare héréditaire ce qui donna comme résultat statistique : sur 131 couples où l'un des deux époux était tuberculeux, 3 fois seulement la tuberculose a été double. » Jousset obtint le même chiffre en s'adressant non plus aux milieux riches, mais aux milieux ouvriers. Thom et Jacob ont donné le même chiffre.

« D'ailleurs, il est très probable que l'on doit attribuer cette contagion entre époux, à des faits analogues à l'in-

gestion chez l'enfant d'aliments souillés par la salive bacillifère de sa nourrice, faits dus à certaines privautés sur lesquelles il serait inutile d'insister, car ce n'est que rarement que la tuberculose peut résulter d'une inoculation directe quand des produits tuberculeux ou des bacilles isolés sont mis au contact avec une plaie de la peau ou des muqueuses, avec la surface d'un eczéma humide, d'une ulcération des gencives, du nez, de la gorge. S'il paraît démontré que le bacille peut pénétrer dans les voies génitales de la femme et se développer au niveau de l'utérus et des trompes à la suite d'un rapport sexuel quand le mari est atteint d'une tuberculose génito-urinaire et notamment quand il présente des tubercules ramollis de la prostate et des vésicules séminales c'est là un mode de contamination exceptionnel. La contamination sexuelle du mari par la femme est plus rare encore. »

Mais cette contamination par voie intestinale ou sexuelle est facile à éviter, de simples précautions d'hygiène suffisent à écarter tout danger. Le docteur Cornil a écrit avec beaucoup de justesse : « Le parasitisme n'implique nullement l'idée de contagion nécessaire et ce serait une erreur de croire que toute maladie parasitaire soit transmissible d'un individu à ceux qui vivent en contact avec lui. Ce qu'il faudra pour la prophylaxie ce ne sera pas tant ces mesures illusoires qui visent la disparition du bacille, mais les moyens empruntés à l'hygiène publique et privée et qui permettent à l'organisme de garder indéfi-

niment en lui à l'état latent le bacille de Koch que tous ou presque tous nous possédons. »

« Or, les précautions à prendre sont simples et peu coûteuses. Chose très importante en ce qui concerne les classes ouvrières la question du logement importe peu ; il suffit de faire chambre à part ou seulement lit à part, de supprimer tous rideaux de lit ou autres, d'aérer le plus possible et d'exiger que le malade expectore dans un crachoir.

Nous nous sommes appesantis sur tous ces points pour refuter les affirmations de certains médecins qui ont considéré comme une vérité scientifique que la contagion de la tuberculose est aussi fréquente que la contagion des fièvres éruptives. « Cette fausse doctrine a semé dans les âmes les plus impardonnables défaillances et a failli jeter dans la famille la plus grande désorganisation en faisant sombrer le mariage par la multiplicité des divorces qu'elle réclamait. » Jousset.

C'est elle qui a amené des parents à venir supplier le médecin de garder à l'hôpital des enfants phthisiques dont la rentrée au logis les effrayait ; c'est elle qui a réclamé l'interdiction du mariage pour toute jeune fille ou tout jeune homme atteint de tuberculose ; c'est elle enfin qui a provoqué un mouvement sérieux d'opinion tendant à faire de la tuberculose une cause de divorce. « Il faut absolument rejeter cette opinion scientifique, erronée, d'ailleurs, qui ne peut mener qu'à des mesures barbares et indignes de notre civilisation et qui a engendré tant

de complications douloureuses autour des phtisiques. Ni l'intérêt de la famille, ni l'intérêt de la race ne demandent que l'on frappe le tuberculeux d'un pareil ostracisme. Nous savons que l'hérédité est en somme d'une importance très secondaire dans la propagation de la tuberculose et qu'il est facile par une hygiène appropriée d'arracher au mal qui les guette la femme et les enfants des phtisiques. » (Jousset.)

D'ailleurs, le principe une fois admis, pourquoi ne pas briser également le mariage, pour d'autres affections morbides, sinon aussi graves, tout au moins, très sérieuses elles aussi ? Il faut le dire très haut la tuberculose est non seulement curable à ses débuts, mais elle l'est aussi dans sa phase la plus avancée. D'après Gaucher « la tuberculose est la maladie la mieux connue, la plus curable des maladies chroniques car au lieu d'être un néoplasme misérable incapable d'organisation, le tubercule tend naturellement à l'organisation fibreuse. Ces premières manifestations peuvent être guéries par des moyens simples et naturels ». Bouchard prétend qu'il n'y a pas d'homme qui n'ait pas devers lui quelques exemples de phtisiques guéris, condamnés par les médecins. A Bicêtre, Natalis, Guillot on trouvé des lésions tuberculeuses anciennes cicatrisées chez des vieillards morts d'autres maladies. Il y a donc beaucoup d'atteints et beaucoup de guéris puisque la moitié, du genre humain a des tubercules, mais les supporte et les empêche de nuire sans même se douter de leur présence.

Certes, la tuberculose maladie sociale devra être combattue socialement. Il sera bon que les pouvoirs publics, par des mesures d'autorité, enrayent les progrès de l'alcoolisme, de l'émigration dans les grands centres, et créent de nombreux sanatoria. Mais c'est dans la famille et par la famille que le véritable remède pourra être apporté ! Enlever au malade l'aide et l'assistance de son conjoint serait vouloir diminuer de moitié ses chances de guérison. De l'avis de tous les techniciens, la famille a un rôle des plus importants à jouer. Ce rôle comporte surtout des devoirs moraux vis-à-vis du malade. « Par mille procédés que suggèrent l'affection et la tendresse, le conjoint bien portant dissipera la tristesse du malade, développera, entretiendra son espérance obtiendra l'exactitude et la régularité dans le traitement, la patience et la prudence dans sa conduite. Qui a vu la tendresse ingénieuse de la femme auprès de son mari tuberculeux peut vraiment juger de l'influence morale d'un être cher sur le malade qui redevient un grand enfant. C'est aux familles éclairées à surveiller leurs membres débiles. Dépistée dès le début, la tuberculose sera toujours curable et la guérison rendue plus facile, sera obtenue plus promptement. C'est à l'époux sain, effrayé de la menace du mal encore à ses débuts de bien voir son devoir et grâce au rôle curateur et actif de son amour, arriver à un heureux résultat. » Et très souvent sera-t-il le premier à bénir, un jour, une législation tout humaine qui l'aura empêché de se priver à jamais d'un associé dont l'affectueuse recon-

naissance lui assurera jusqu'à sa mort une vie de bien-être et de bonheur !

II *Maladies vénériennes*. — Après avoir écarté la tuberculose des causes de divorce, il nous reste maintenant à examiner : les maladies sociales qui proviennent des relations sexuelles. N'y a-t-il pas lieu pour celles-ci, étant donné leur caractère spécial et la gravité qu'elles présentent de déroger au droit commun aussi bien dans l'intérêt public que dans l'intérêt du conjoint ? Ici, en effet, on peut soutenir que dans la majorité des cas, il y a eu faute du malade. De plus, étant donnée l'extrême contagion de l'affection morbide, l'intérêt particulier peut être mis sur le même pied d'égalité que l'intérêt social.

Pour nous, une distinction très nette s'impose dès le début. Il y a lieu de considérer d'abord ce qu'on est convenu d'appeler la petite avarie, c'est-à-dire la blennorrhagie, et ensuite de traiter de la syphilis, — car ces deux maladies sont loin de se présenter aux yeux du législateur, sous le même aspect.

1° *Blennorrhagie*. — Si les masses sont, aujourd'hui, bien mises en garde contre les ravages de la syphilis, il n'en est pas de même en ce qui concerne la petite avarie. C'est un mal que l'on croit bénin. Et pourtant ; quoique peu tragique d'aspect ce mal frappe d'accidents redoutables une multitude d'innocentes et ses conséquences peu connues sont terribles individuellement et socialement. « Mal soignée ou incomplètement guérie, ce qui est la majorité des cas d'après Noeggerath (de New-

York), elle provoque chez l'homme des complications locales qui empoisonneront son âge mûr ou sa vieillesse ; dans les deux-sexes, elle amènera des complications générales portant particulièrement sur les articulations et sur le cœur. Insouciant, ignorant ou coupable, le mari donne à sa femme le poison qui la salie, la tue ou l'estropie. » Car, dit Fournier, « cette infection le plus souvent très atténuée qui ne provoque, à son début, que des symptômes légers, ne tarde pas à allonger sur leur lit de douleur une multitude de femmes mariées. La blennorrhagie n'est pas sans comporter, en effet, deux grands ordres d'accidents : des complications actuelles et des conséquences d'avenir. Sur l'individu, c'est pour le présent, conjonctivité, kératite, fonte purulente de l'œil, endocardite et pour l'avenir les rétrécissements de l'urèthre avec toutes leurs conséquences. Sur la collectivité, c'est pour la femme l'infection génitale produisant métrite vaginite, salpingite, péritonite. C'est alors la fin de la vie familiale, les désunions commençantes, les séjours sur la chaise longue, la médication interminable, l'acte chirurgical laissant la femme mutilée déformée et stérile. Or, l'infécondité n'est pas seulement l'incapacité de reproduction ; c'est encore l'amertume de la déchéance, l'humiliation, le creve cœur ; c'est, dans le mariage, la solitude in æternum du foyer domestique, la désolation du nid désert, de la maison sans enfants. Mais il y a pis : il faut envisager aussi les aveugles que deviennent les enfants contaminés à leur passage dans la filière vaginale de la mère. Sur

1.000 cas de cécité, 800 sont dus à la blennorrhagie. »

La question du divorce sera ici des plus faciles à résoudre, car sans que le législateur ait à ajouter une nouvelle cause déterminée dans la loi, l'époux obtiendra facilement satisfaction. A part, certains cas de contagion exceptionnels, l'on peut dire, avec juste raison, de la blennorrhagie ce que M. Carpentier disait à tort de la syphilis qu'il appelait la photographie de l'adultère. Il est incontestable que si la preuve d'une contamination gonococcienne peut être apportée, l'art. 229 de notre texte trouve son application directe, avec même cette circonstance aggravante pour l'époux coupable d'avoir lésé sciemment son conjoint ; car la blennorrhagie est un mal qui se manifeste d'une façon immédiate et dont il est impossible d'ignorer l'existence.

2° *Syphilis*. — Pour la « Grande Avarie » la question est très complexe.

Conséquences de la syphilis. — Inutile d'insister longuement sur ses conséquences individuelles et sociales. Bien qu'on les ait exagérées en comparant cette affection moderne à la lèpre antique, il faut convenir que son évolution est marquée par des étapes qui vont du simple chancre aux affections cérébrales et médullaires les plus désastreuses. Fournier écrit à ce sujet : « Pour la famille, la syphilis constitue un double danger, car 70 fois sur 100 elle entraîne la contamination de l'époux bien portant soit d'une façon directe soit d'une façon indirecte chez la femme par la transmission fœtale. Mais ce qu'il y a de pis,

c'est le groupe de méfaits héréditaires qu'elle provoque et qui se traduit par une hécatombe d'enfants. Elle tue soit avant la naissance soit dans les premières années de l'enfance. Son influence se prolonge souvent sur plusieurs grossesses en déterminant des avortements répétés. Mais c'est sur le 1^{er} âge qu'elle s'acharne : elle aboutit ainsi à dépeupler le foyer domestique en y faisant parfois le vide absolu. Mais elle n'est pas seulement un des grands facteurs de la dépopulation ; par ses causes héréditaires elle constitue une cause d'abatardissement et de dégénérescence pour l'espèce en donnant naissance à des êtres infériorisés décadents, dystrophisés, déchus physiquement ou moralement ».

Mais, il y a lieu toutefois de le remarquer ce sont là, à vrai dire, les conséquences du passé. Le moment est arrivé de faire de l'extinction sinon définitive, tout au moins partielle de la syphilis, une véritable question sociale. En tout cas, dès aujourd'hui nous sommes pleinement autorisés à déclarer que la syphilis est un mal essentiellement curable. Brieux d'abord, en triomphant de la superstition des mots et en mettant au point l'importance que l'on doit attacher à cette maladie, a répandu cette idée bien-faisante que le véritable crime n'est pas d'être syphilitique, mais bien, qu'étant malade, de répandre son mal avec une inconscience impardonnable. Il nous a déjà guéri de la phobie de l'avarie et de cette pudeur malsaine et néfaste que l'on mettait à vouloir ignorer son mal, en s'obstinant à ne pas le soigner. Mais la science, elle aussi est venue à

notre secours. Nous n'avons plus seulement comme moyens de défense les antiques antidotes de nos pères : le mercure et l'iodure de potassium, et grâce à l'action combinée des médecins et des malades, il est incontestable que le virus syphilitique déjà en décroissance est près de s'atrophier. Nous possédons à l'heure actuelle tout un arsenal de remèdes. Citons l'hectine du Docteur Hallopeau qui, d'après les constatations des docteurs Fouquet, Guiard et Maisonneuve, peut enrayer définitivement l'évolution de la maladie, en empêchant l'apparition des phénomènes secondaires. Citons encore le sérum du Docteur Neisser qui, suivant les déclarations de l'Allemand Peters, spécialiste des maladies du sang, aurait donné non pas des effets passagers, comme on le constate avec le mercure, mais aurait occasionné un processus curatif réel dans l'organisme. Que peut-on espérer enfin du fameux 606 d'Ehrlich ?

Aux dires de Mentchikoff, ce remède absolument sérieux guérit dans les conditions les plus favorables que l'on ait jamais rencontrées jusqu'ici. Ce savant spécialiste prétend même que c'est la guérison sûre dans la plupart des cas avec une seule injection. Mais fait plus remarquable, ce « 606 » est non seulement un progrès dans le traitement, mais aussi dans la prophylaxie.

Résultat important au point de vue social, l'injection supprime les plaques muqueuses, accidents les plus contagieux et détruit ainsi les foyers de contamination.

Il est donc possible aujourd'hui de ramener ce mal à de

justes proportions et de prétendre hautement qu'avec des soins et de la patience, l'avarie peut avorter.

Nous ne sommes plus au temps où Briand et Chaudé étaient obligés d'écrire : « C'est surtout quand il s'agit de maladies vénériennes que l'on peut encore accuser la médecine d'être une science conjecturale. »

La syphilis devant la doctrine et la jurisprudence. — Avant d'entrer dans le fonds de la discussion, voyons de quelle façon s'est présentée jusqu'ici à l'esprit des juristes la question de la syphilis au point de vue du divorce. Notre Code n'apporte rien au débat ; ses législateurs suivant ainsi une méthode qui leur est habituelle, en affaire un peu délicate, n'ont pas voulu ou n'ont peut-être pas osé se prononcer sur ce sujet et ont laissé au juge la difficile mission de solutionner dans sa sagesse les espèces qui lui seraient soumises.

Lacune d'autant plus remarquable, surprenante même que Pothier, leur modèle, avait donné une solution à la question. « Le mal vénérien, avait-il dit, quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se le soit attiré par ses débauches, ne peut pas servir de fondement à une demande de séparation ; ce mal n'étant plus aujourd'hui un mal incurable mais un mal que les chirurgiens savent guérir. »

La jurisprudence obligée de suppléer à la loi, d'abord peu hardie s'en tint au principe assez commode résumé dans la phrase *quod tacuit noluit*.

Il y avait pourtant deux arrêts de Metz de 1691 très curieux dont elle aurait pu s'inspirer. Dans un premier arrêt la Cour

avait admis une nommée Thérèse Vaillant à faire la preuve de la maladie de son mari aux fins d'une séparation de corps. Dans un second arrêt, elle avait ordonné à la femme de réintégrer le domicile conjugal dans les 6 mois, si son mari prouvait sa guérison par 3 certificats de médecins assermentés donnant ainsi clairement à entendre qu'elle n'hésiterait à prononcer la séparation de corps au cas où le mari serait atteint de maladie vénérienne.

La jurisprudence sembla tout d'abord se ranger à l'avis de Pothier avis qui allait cependant être si vivement combattue par Merlin dès l'apparition du Code civil à propos du commentaire de l'art. 231.

« Le mal vénérien, écrivait Merlin, ce poison moderne qui corrompt les sources de la vie, doit-il aussi trancher le lien des époux ? Cette question malheureusement trop importante par la multitude d'infortunés qu'elle peut intéresser est décidée assez lestement par Pothier. Il est vrai que l'art de guérir ce mal semble suivre les progrès du libertinage et achève d'ôter au vice la crainte puissante qui le retient encore. Cependant, il reste de fréquentes victimes qui servent d'exemple et dont la guérison n'est jamais qu'apparente. Quel sera donc le sort de l'épouse d'un pareil mari ? Réussira-t-elle à provoquer sa séparation d'avec le débauché qui a fait circuler dans ses veines un poison aussi cruel ? L'ancienne jurisprudence n'avait pas de règles positives sur les cas de séparation de corps ; elle les abandonnait à la conscience et aux lumières du juge. Mais le Code civil les détermine avec précision et il les

réduit à 4. Aussi hors de ces 4 cas, point de séparation de corps. Et de là, ne semble-t-il pas résulter qu'il est dans l'esprit du Code civil de ne pas admettre pour cause de séparation le mal vénérien que l'un des époux aurait communiqué à l'autre. » Un arrêt du 5 février 1806 de la Cour de Pau et confirmé par un arrêt de la Cour de cassation en date du 16 février 1808 indique nettement cette première étape et mérite d'être cité :

« Attendu, dit cet arrêt, que les causes de divorce sont énumérées en termes précis et formels, que la communication du mal vénérien n'étant pas mise au nombre de ces causes, elle est exclue par cela même, *inclusio unius est exclusio alterius*, qu'il n'est pas sérieux de prétendre que cette communication étant un mauvais traitement, est implicitement comprise dans l'expression générique d'excès ou sévices, puisque d'un côté tout mauvais traitement n'est pas un excès ou sévice propre à opérer le divorce et que, d'autre part, en raisonnant par analogie et par comparaison, on en étendrait l'application à des cas qu'elle n'embrasse pas ; qu'en un mot, la loi ayant clairement déduit les causes de divorce, il faut conclure de son silence sur le mal vénérien qu'elle n'a pas voulu faire de ce mal une cause de divorce. » Mais, poussée par les réalités de la pratique, la jurisprudence ne pouvait demeurer dans une attitude aussi timide. Elle s'aperçut qu'elle avait fait fausse route en cherchant sa voie libératrice dans les termes sévices ou excès et que, grâce à l'injure grave, il lui serait possible de tourner la

loi à sa volonté. D'ailleurs, Merlin lui en avait suggéré déjà l'idée. Sous un arrêt de la Cour de cassation, ce juriste avait écrit : « La communication du mal vénérien n'est pas essentiellement une cause de séparation ; mais si cette communication est accompagnée de circonstances qui lui donnent la nature des sévices ou d'*injures graves*, il en résulte, pour l'époux ainsi outragé, un moyen de séparation de corps. »

Un arrêt de la Cour de Lyon du 18 avril 1818 vint consacrer cette nouvelle jurisprudence : « Attendu, déclarait la Cour, que considérée en elle-même et isolément de toute circonstance particulière, la communication du mal vénérien, ne saurait être apprécié comme une injure grave par les tribunaux, dans le sens de la loi, parce que, le plus souvent, elle peut être involontaire, l'époux n'ayant pas eu connaissance suffisante de son état, parce que, d'ailleurs, il est le plus souvent difficile de savoir quel est le véritable auteur de cette communication mystérieuse et clandestine de sa nature ; mais attendu que dans l'espèce toutes les circonstances présentent le caractère de l'injure grave, de l'attentat le plus affligeant pour les mœurs, le plus effrayant pour les familles, puisqu'il s'agit d'un homme qui, sciemment infecté du poison honteux de la débauche, aurait eu l'infamie de souiller la couche nuptiale, d'un homme qui aurait versé, en pleine connaissance de cause, le germe de cette honteuse maladie dans le sein de la malheureuse dont il aurait trompé la foi, la Cour admet à faire la preuve de la communica-

tion de la maladie vénérienne. » De cet arrêt se dégage nettement déjà le système de réglementation que la jurisprudence allait adopter pour l'avenir; ce qui allait constituer une cause nouvelle de divorce, c'était la communication du mal vénérien, acte répréhensible assimilé désormais à une injure grave. Mais à l'acte matériel devait s'ajouter, un élément intentionnel : l'époux incriminé devait avoir eu conscience de son état et du danger auquel il allait exposer son conjoint.

Mais il ressort également de cet arrêt que l'intérêt social ou privé n'a pas été la seule considération qui ait déterminé le juge à faire à la syphilis une place à part parmi toutes les autres maladies.

C'est surtout l'horreur qu'inspirait cette affection et la honte qui devait, à ses yeux, infailliblement rejaillir sur l'innocent, qui l'avait poussé, en cette matière à déroger au droit commun.

Déjà, dès 1771, Linguet disait « à la vérité, le mariage est une communauté de biens et de maux; mais cette communauté n'est pas celle des maux dont la source est le libertinage comme ce n'est pas celle des biens dont l'origine est honteuse. Les maladies, les infirmités, ajoutait-il, qu'il plaît à la providence d'envoyer, attaquent la vertu comme le vice, la syphilis, au contraire, est le fruit et la punition de la débauche. »

C'est toujours de ce point de vue un peu étroit, que partit la jurisprudence pendant tout le cours du xix^e siècle. Dans chacun des arrêts on sent percer l'indignation du

juge, à la préoccupation constante qu'il a de qualifier de honteux le mal vénérien. « C'était un reste des idées du bon vieux temps où la syphilis était, au yeux de tous, l'expiation méritée d'indignes pécheurs, et où, dans les asiles spéciaux aux malades de la grosse vérole, une bonne volée de verges servait à la fois de prélude et de finale au traitement de la maladie. »

En tout cas, ce fameux arrêt de Lyon, marqua un revirement complet dans la jurisprudence et presque toutes nos juridictions déclarèrent, contrairement à l'arrêt de Pau, que la communication du mal vénérien était recevable comme cause de séparation de corps et sa preuve admissible (Rennes 4, mars 1820, — Toulouse, 30 janvier 1831, — Paris, 9 mars 1838, — Bordeaux, 6 juin 1839, — Rouen, 30 décembre 1840, — Nîmes, 14 mars 1842, — Bordeaux, 17 février 1857, — Paris, 27 avril 1861, — Rennes, 14 juillet 1866).

Mais cette conception mesquine de la syphilis devait égarer la jurisprudence. L'horreur et la honte qu'inspirait cette affection morbide amenèrent le magistrat à rendre des sentences injustes.

Bien des cours n'hésitèrent pas à prononcer la séparation de corps non seulement quelque fût l'origine de la maladie, mais même sans distinguer si elle avait été contractée avant ou après le mariage.

On alla même jusqu'à voir un cas de séparation de corps dans le fait pour un mari vénérien de s'être fait soigner par sa femme et de l'avoir ainsi exposée à la

contamination. Chose curieuse, les médecins légistes partageaient cet avis, Marc dans son *Dictionnaire des sciences médicales*, adoptant les idées de Carpzow et de Franck pensait que non seulement la syphilis devait être une cause de prompt dissolution du mariage, mais qu'il serait équitable de confisquer une part de la dot comme punition du coupable. Fodéré donnait une solution identique. Orfila seul voyait plus juste. Tout en considérant lui aussi l'avarie comme une honte, il voulait cependant qu'on fit, en la matière, de judicieuses distinctions : « Attachons-nous, conseillait-il, à bien démontrer que la maladie est vénérienne... cherchons ensuite à décider qu'elle a été l'origine de l'infection, si la maladie a commencé par le mari ou par la femme et n'oublions pas qu'elle peut être héréditaire et que son existence ne suppose pas toujours que l'époux ait contracté une union criminelle. » Demolombe, dans la *Doctrine*, disait lui aussi que la justice devait apprécier si c'était un mal antérieur au mariage et qui n'était pas bien guéri ; si, ce mal étant antérieur au mariage, le mari ignorait en être atteint lorsqu'il l'a communiqué à son épouse. »

Tout en retenant la solution jurisprudentielle de 1818, nous ne pouvons qu'abandonner cette doctrine absurde et cruelle sur la syphilis qui s'est imposée aux esprits depuis près d'un siècle.

Aujourd'hui tout le monde sait que cette affection frappe les gens qui sembleraient être le plus à l'abri de ses atteintes. Que de fois l'a-t-on vu sévir sur des

femmes irréprochables qui ont été contaminées par leur mari !

« Sans parler de ces lamentables contagions professionnelles, dont ont été victimes médecins, sages femmes, étudiants en médecine ; sans parler encore de ces contaminations domestiques que réalise la vie en commun, au contact d'un sujet ou d'un enfant syphilitique, combien de syphilis immérités ! La syphilis vit et s'entretient de ricochets, de contagions qui rayonnent de n'importe qui sur n'importe qui et résulte bien souvent de tout autre cause que la débauche. »

Et puis même n'est-il pas injuste et ridicule à la fois de reprocher à un mari l'avarie qu'il a contracté *ante nuptias* même dans des relations sexuelles. A moins d'exiger la virginité du jeune homme comme on l'exige de la jeune fille il faudra s'abstenir de lui en faire un grief. « Nous devons considérer, a dit Brioux, les syphilitiques comme des hommes comme tout le monde ; pour le plus grand nombre la syphilis a été un malheur immérité, sans compter que pour certains elle a été la conséquence néfaste d'une faute unique. C'est, en tout cas, le résultat d'une faute si commune que ladite faute est presque générale chez tous les hommes de notre société, laquelle ne vaut guère moins, je pense, que celle des siècles passés. »

Débarrassons-nous donc de tous les préjugés d'autrefois et n'envisageons dans l'avarie ni la manifestation forcée de l'adultère, ni la punition d'une faute, mais considérons

la maladie en elle-même avec ses conséquences privées et sociales et demandons-nous s'il y a lieu d'en faire une cause déterminée de divorce. Nous éliminons bien entendu de la discussion tous les cas où il peut être prouvé que la maladie provient de l'adultère ; la solution qui s'impose alors est l'application pure et simple de l'art. 229 et la syphilis ne doit être envisagée qu'en tant qu'élément de la preuve de ce délit.

Inutilité de rompre le mariage au cas où l'un des deux époux a contracté la syphilis. — Nous nous trouvons ainsi en présence soit de syphilis imméritée, soit de syphilis contractée dans les relations sexuelles, mais où bien souvent la bonne foi du malade est entière. Nous savons, en effet, que la période d'incubation de cette maladie peut aller jusqu'à 60 jours ; que de plus bien souvent la période primaire ne se manifeste que par des accidents insignifiants si bien qu'un mari peut arriver au mariage avec une syphilis ignorée. Ces remarques sont d'autant plus importantes que d'après Fournier et les syphili-graphes les plus autorisés, c'est au début du mariage que se produit surtout la communication de la syphilis. La syphilis la plus fréquente chez la femme est celle qui provient d'une affection du mari contractée *ante nuptias*. Sur 572 femmes traitées par Fournier, il y avait 81 jeunes mariées. Il faut également prendre en considération la contamination de la mère par la voie fœtale et les accidents de retour survenus chez le mari après le mariage.

« La syphilis a été jusqu'ici non seulement une maladie

bizarre dans ses manifestations, mais encore une des plus trompeuses affections pathologiques. Quelquefois c'était à la veille d'une formidable poussée spécifique qu'un individu avait paru jouir du plus brillant état de santé. » Il est incontestable cependant à l'heure actuelle, que grâce à un traitement rationnel de tels phénomènes ne peuvent plus se manifester, et malgré tout l'arriéré du passé, le législateur risquerait aujourd'hui de commettre une grave erreur s'il se préoccupait outre mesure de ces récidives morbides dont beaucoup se sont manifestées après plus de 20 années. Nous allons même plus loin ; nous ne pensons pas que d'une façon générale soit la santé des époux, soit la conservation des enfants, soit l'intérêt de l'Etat puisse nous faire une loi de regarder cette maladie comme devant légitimement entraîner la rupture du mariage. Nous appuyant sur les longs développements que nous avons donnés sur la curabilité actuelle du mal vénérien, nous pensons qu'il n'y a pas plus de raison pour rompre un mariage déjà consommé qu'il n'y en aurait pour l'empêcher s'il n'était pas encore célébré.

Fournier avec toutes les autorités médicales affirme que quatre conditions suffisent pour qu'un syphilitique cesse d'être dangereux pour son conjoint et pour sa race. « Il prétend que l'absence d'accidents spécifiques, l'âge avancé de la diathèse, une certaine période d'immunité absolue consécutivement aux dernières manifestations spécifiques un caractère non menaçant de la maladie, enfin un traitement spécifique diminuent les risques personnels

qu'apporte l'époux dans la communauté diminuent et suppriment même les chances de contagion dans le mariage ainsi que les risques héréditaires. » Notons que ces lignes ont été écrites avant les découvertes des Ehrlich, des Hallopeau, des Neisser, alors que n'ayant pour spécifique que le mercure seul, on pouvait craindre des syphilis malignes. Il y aura donc pour le mari une série de précautions à prendre pendant un temps relativement court et qu'on peut évaluer suivant Fournier à 3 ou 4 ans. Nous pensons que 4 ans sera un maximum que les récents progrès de la science tendront certainement à réduire de moitié. Et même il ne sera nul besoin de demander au juge comme le veut la loi suisse cette séparation de corps temporaire qui est prévue à l'art. 170 du Code. Le mari, en effet, n'aura qu'à couper court, par une médication sévère et continue aux accidents contagieux de la période secondaire et éviter les grossesses dangereuses pour l'enfant à naître et pour la mère.

Vouloir briser un lien déjà formé, serait une dangereuse maladresse. Est-ce au moment où notre natalité diminue, où surgissent de tous côtés de si nombreux éléments de dissociation du mariage, que le législateur doit encore multiplier les cas de divorce? Songeons que le 1/7 de la population masculine est atteinte de syphilis. D'ailleurs, nous l'avons dit, il serait illogique d'autoriser le mariage des avariés et de faire de la syphilis un cas de divorce. Or, de l'avis de tous, cette maladie ne doit pas « être un obstacle insurmontable au mariage, une inter-

diction permanente, éternelle et absolue. Elle ne doit constituer qu'une interdiction temporaire et un syphilitique, après un stage d'épuration suffisant, revient en état de santé qui lui rend pleine aptitude au double rôle d'époux et de père. » Cette maladie avait cependant été implicitement visée par les anciennes législations saxonne et prussienne qui faisaient, de toutes les maladies dégoutantes, une cause de divorce. C'est aussi elle que visent dans leur proposition de loi les frères Margueritte, quand ils parlent « d'infirmités dégoutantes ou incurables, postérieures au mariage ou inconnues de l'autre époux au moment de sa conclusion ». Cette idée que la répulsion provoquée par une maladie peut motiver la rupture du lien conjugal, aurait dû, cependant, avoir fait son temps. Le Code impérial allemand s'est bien gardé de reproduire ces vestiges des temps barbares et d'adopter un principe que les magistrats allemands eux-mêmes rougissaient d'appliquer.

Le Comité de réforme du mariage a désigné explicitement comme causes de divorce « les maladies vénériennes graves » n'ayant pas l'air de se préoccuper outre mesure des conséquences pratiques d'une telle proposition.

La communication consciente de la syphilis doit être une cause de divorce. — Est-ce à dire, néanmoins, qu'en cas de syphilis d'un époux, le législateur n'ait aucunement à intervenir. Nous ne le pensons pas. Il y a, en effet, deux choses à examiner : le fait pour l'époux

d'avoir contracté la syphilis et le fait de la transmettre à son conjoint, en pleine connaissance de cause.

Si le premier fait ne peut qu'exciter notre pitié et notre compassion, il serait injuste de ne pas voir dans le second une violation des devoirs du mariage, car l'époux a porté directement un grave préjudice à son conjoint. Et ce n'est certes pas au moment ou au point de vue de la réparation civile la notion de maladie tend, de plus en plus, à s'assimiler à la notion générale du mal, que nous allons combattre la théorie édifiée en 1848, par la jurisprudence sur la communication du mal vénérien.

Pour nous donc, la transmission consciente du mal vénérien, sera non pas une cause relative, mais une cause déterminée de divorce. Le juge n'aura pas à examiner s'il existe ou non, en dehors de l'infection elle-même, des circonstances aggravantes ; il n'aura qu'à voir si cette infection existe et s'il y a vraiment eu faute du conjoint dans la communication de la syphilis : il devra, alors, prononcer le divorce à moins que des faits ne viennent atténuer dans une large mesure, la responsabilité de l'époux défendeur qui a pu, très souvent, n'obéir qu'à un élan de passion ou de tendresse. Nous rejetons comme des motifs insuffisants pour faire dissoudre le mariage, toute une série d'actes qui présentent un caractère de bonne foi et que l'on peut réunir sous le nom de contamination inconsciente dont il est facile, d'ailleurs, de distinguer trois degrés différents : « On peut savoir qu'on est malade et que la maladie dont on souffre est, à cer-

taines périodes, transmissible, mais croire qu'à la phase où l'on se trouve la contagion est impossible. On peut se savoir atteint de syphilis mais ignorer que la syphilis est transmissible. Enfin, on peut même ignorer son affection. »

La contamination consciente exige donc qu'on sache non seulement que l'on est malade et que la maladie est transmissible, à certaines phases, mais encore qu'on n'ignore pas se trouver justement dans les conditions voulues pour propager le virus. C'est cette contamination que nous visons dans notre texte. Certains ont réclamé que la transmission syphilitique fût, en outre, intentionnelle. Il nous a semblé qu'ajouter une pareille exigence serait retirer d'une main ce que nous accordions de l'autre. La contamination intentionnelle, bien que possible, est très rare, en fait, et, pour nous, la contamination purement consciente est assez grave par elle-même pour que la loi ne manque pas de la prévoir. D'ailleurs, à des difficultés de preuve déjà grandes en ce qui concerne le fait lui-même, viendrait s'ajouter encore la question si délicate de la preuve en ce qui concerne l'intention. Bien que l'admission de la seule contagion intentionnelle comme cause de divorce entrerait parfaitement dans nos vues restrictives sur le divorce, il ne faut pas nous laisser entraîner par une tentation dangereuse si nous voulons faire une loi véritablement humaine et capable de vivre.

Déjà bien souvent, le juge se trouvera dans l'impossi-

bilité de solutionner le conflit, faute de savoir lequel des deux époux a communiqué la syphilis à l'autre. « Dans la grande majorité des cas, la recherche de la paternité en fait d'accidents vénériens est entourée de tant de difficultés que même lorsque toutes les parties contractantes se prêtent, de leur plein gré, à l'examen requis, il est souvent fort difficile, d'apprécier exactement cette filiation pathologique. » Cela tient à deux causes. La première, c'est que l'incubation microbienne a une durée essentiellement variable avec les individus. La deuxième c'est qu'il est très souvent impossible de trouver l'indication de l'origine du mal dans l'âge des accidents.

« Même au cas de syphilis récente, le différenciement des périodes dans la maladie de chacun des époux ne peut être qu'une simple présomption et non une preuve. La syphilis de la femme et celle du mari peuvent n'avoir aucun rapport, car l'infection peut avoir été prise par l'un et par l'autre à des sources différentes. Quand il s'agit d'une transmission datant de plusieurs années le diagnostic est encore plus difficile, on ne peut guère trouver les traces de l'accident initial. » Le docteur Dubuc constate qu'il y a des individus qui sont arrivés en six mois à la période tertiaire tandis que d'autres restent des années à la période secondaire. Il est impossible, aux dires de Brouardel, de comparer l'évolution de la syphilis chez une personne donnée avec celle de la syphilis contractée par une autre.

Mais ces considérations de fait, très graves nous l'avouons,

ne peuvent cependant pas s'imposer à notre esprit de façon à nous faire oublier le principe que nous avons admis. Pratiquement, d'ailleurs, et dans la majorité des cas dignes d'intérêt, la preuve ne sera pas soumise à de si insurmontables difficultés. C'est le plus souvent la femme qui est la victime du mari et c'est, au début du mariage, qu'elle se trouve contaminée par une syphilis contractée *ante nuptias*. Dans ces conditions et à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, le juge trouvera dans chaque espèce les éléments suffisants pour étayer sa conviction. Le texte que nous proposons est le suivant :

« La communication consciente de la syphilis sera une cause de divorce pour l'époux contaminé. »

b) *Impuissance*. — La première des causes de divorce qui se soit présentée à l'esprit du législateur est sans nul doute l'impuissance. On a jusqu'ici confondu sous ce vocable la stérilité et l'impuissance proprement dite. L'antiquité y a toujours vu un motif susceptible de dissoudre le mariage et si les textes de droit romain passent cette cause sous silence, c'est qu'elle était si bien reconnue qu'il n'était pas besoin de l'inscrire dans la loi positive. Le Moyen Age, imbu de la doctrine chrétienne, y vit une cause de nullité. Les canonistes n'avaient pu s'empêcher d'être frappés de l'importance des relations sexuelles dans l'union légitime. Croissez et multipliez avait dit la Providence à nos premiers parents et la Bible proclamait que dans le mariage l'homme et la femme ne devaient plus faire qu'une seule chair. Il est même curieux de voir

comment, en cette matière, s'était exercé l'esprit casuistique des théologiens. « Ils avaient fait des distinctions subtiles et spécieuses sur l'impuissance par sorcellerie qui s'appelait *maleficium* et l'impuissance par froideur qui s'appelait *frigiditas*. » Mais pour sauver les apparences et n'avoir pas l'air de déroger au principe suprême de l'indissolubilité du mariage, ils avaient orthodoxement baptisé causes de nullité de véritables causes de divorce, puisque peu importait à leurs yeux que le fait d'où résultait l'impuissance fût antérieur ou non à la célébration de l'union conjugale. Le droit canon continue d'ailleurs à être vigueur et est actuellement appliqué par Cour de Rome qui cependant, il faut le reconnaître a donné aux anciens textes des bases plus rationnelles et plus scientifiques. Certaines législations étrangères ont inséré dans leur Code cette cause de dissolution du mariage. Citons entre autres : la Russie, le Danemark, la Suède, la Norvège. Le Code impérial de 1900 l'a rejeté toutefois mais il est juste de dire que cette solution a soulevé de vives critiques qui ne sont pas encore apaisées à l'heure actuelle.

Nous ne voulons pas nous attarder sur les difficultés toutes particulières que présente la preuve d'un tel état pathologique. Il est évident, en tout cas, que cette preuve pourra se faire soit par des expertises médico-légales soit par tous les moyens admis pour les faits purs et simples c'est-à-dire même par présomptions. Inutile de dire que les recettes d'Hippocrate et les divers procédés particuliers des canonistes, voire même l'épreuve du Congrès ne

peuvent être mentionnés qu'à titre de curiosités juridiques.

Stérilité. — Pour plus de méthode, séparons nettement la Stérilité, de l'Impuissance car ce sont, au fond, deux choses très différentes et dont les conséquences sont loin d'être identiques. Devons-nous, suivant les errements antiques, voir dans la stérilité un motif de rupture du mariage? Certes, des raisons très graves pourraient nous faire pencher vers l'affirmative.

N'oublions pas que, pour nous Français, la question de la natalité se pose avec un caractère de gravité tout à fait exceptionnel; de plus l'infécondité n'amène-t-elle pas fatalement les époux à se détacher l'un de l'autre et à leur faire prendre en horreur un foyer à jamais désert?

Mais à la réflexion, on est obligé d'abandonner un tel projet. On ne pourrait guère, en effet, permettre la requête qu'après un temps assez long de vie conjugale. Et alors la femme aura vieilli: elle aura donné inutilement sa jeunesse, sa beauté, sa virginité; elle sera restée saintement fidèle et vraiment bonne épouse pendant de longues années, et, en récompense de tout cela, une loi impitoyable la chasserait à jamais de ce foyer qu'elle a chéri et respecté? D'ailleurs, l'époux défendeur quel qu'il soit, a pu s'attacher, pendant ces longues années de vie en commun, à l'autre conjoint. Faut-il lui briser le cœur à cause du malheur immérité, qui le frappe et dont il souffre peut être tout autant, sinon plus que son associé?

Nous ne sommes plus à ces époques barbares où la sté-

rité était une honte infligée par le ciel, en expiation des péchés. Il faut remarquer, en outre, que, contrairement au cas d'impuissance proprement dite, rien n'empêche ici la satisfaction des besoins sexuels : il n'y a donc pas de raison péremptoire pour nous forcer à insérer dans nos lois cette cause de divorce. D'autant plus que, même si nous adoptons cette dernière solution, elle serait, nous le croyons, d'une application tout à fait exceptionnelle.

Les stérilités involontaires sont rares de nos jours comparativement aux stérilités volontaires car, à l'heure actuelle, ce n'est plus l'absence d'enfants mais la fécondité qui est considérée comme un malheur.

Impuissance proprement dite. — Examinons maintenant l'impuissance proprement dite, c'est-à-dire, pour parler latin, *l'impotentia coeundi*. Nous n'avons pas à envisager ici les cas où cette impuissance provient d'une cause antérieure à la célébration du mariage.

Nous ne pouvons nous occuper que des hypothèses où, par suite de maladie ou d'opérations chirurgicales, survenues pendant le mariage, l'aptitude au coit est supprimée chez l'un des époux. Abstraction faite de l'intérêt du conjoint bien portant, et, malgré la conception nettement spiritualiste que nous nous sommes faite du mariage, nous ne pouvons oublier que l'union conjugale repose en partie sur les rapports sexuels dont elle est chargée d'assurer normalement la satisfaction. Le devoir conjugal est un des principaux effets naturels du mariage et il semble véritable-

ment impossible de laisser subsister une union incapable d'aboutir à une de ses fins principales.

Il est impossible, en effet, de considérer l'impuissance comme une maladie ordinaire. « L'union dans laquelle les relations conjugales sont devenues impossibles n'est plus un mariage mais, une mutilation des plus cruelles que l'on ne saurait imposer à un être sain et apt au coït. » Vouloir malgré tout imposer un tel joug à ce dernier, n'est-ce pas vouloir légalement le pousser, soit à commettre un perpétuel adultère soit à assouvir sa passion sur son conjoint par des procédés hors nature ?

C'est en vain qu'on nous objecterait les difficultés sérieuses de la preuve ou ce fait que la loi, pour des raisons de haute moralité, a toujours permis et consacré des mariages même quand elle était certaine qu'aucun rapprochement entre les époux ne pouvait avoir lieu. Il nous sera facile de répondre que cette difficulté de la preuve ne peut que nous agréer, qu'en tout cas, nous n'avons pas le droit pour cette seule raison d'éluder le principe. L'objection tirée des mariages *conclus in extremis* et des mariages conclus entre vieillards reconnus par la loi et par tous comme légitimes et nécessaires n'infirme en rien notre argumentation : nous avons prétendu que l'union sexuelle est un des principaux buts du mariage, mais nous n'avons jamais voulu dire que ce devait être l'unique. — Mais étant donnée sa raison d'être même, cette cause de divorce doit être restreinte par une fin de non recevoir spéciale. Nous avons admis que le demandeur ne pourrait plus pré-

senter de requête aux fins de divorce si l'époux défendeur est âgé de plus de 60 ans. Voici le texte que nous proposons : Art. 231 ter.

« Chaque époux pourra demander le divorce pour impuissance de son conjoint ; la demande ne sera pas recevable si l'époux défendeur est âgé de plus de 60 ans.

CHAPITRE VI

AMÉLIORATIONS A APPORTER A NOTRE LÉGISLATION DU DIVORCE

Il est bien entendu que le divorce tel que nous le concevons doit se substituer d'une façon complète à la séparation de corps qui ne pourra plus être considérée désormais que comme une période d'épreuve devant expirer de plein droit à la fin des délais légaux ou judiciaires.

Il est rare, en effet, qu'après les trois ans que nous admettons comme durée maxima de la séparation d'épreuve, les époux tentent de se réconcilier. Au bout de cette période de calme et de réflexion, leur décision est nettement arrêtée et peut être considérée comme irrévocable. C'est en vain que plus tard, leurs propres enfants essaieraient d'agir en vue de leur réconciliation ; Il serait bien difficile de faire revenir sur leur résolution des époux qui ont déjà contracté, depuis longtemps, des habitudes nouvelles et dont un des deux, bien souvent, a refait sa vie d'une façon irrégulière. Ces trois années d'épreuve non

suivies de réconciliation prouvent d'une façon péremptoire, suivant nous, que le lien conjugal est définitivement brisé et qu'il n'est même plus nécessaire, pour les tribunaux, d'examiner une demande de conversion de séparation de corps en divorce.

D'ailleurs à quoi peut aboutir, à ce moment, l'intervention du juge ? ne serait-il pas préférable que ce magistrat pût intervenir avant la fin du délai ? Ne devrait-on pas obliger les conjoints à comparaître chaque année devant le juge à fins de conciliation avant la rupture définitive ? Mais surtout nous pensons qu'il serait d'une grande utilité d'adopter le système du Code allemand qui donne au juge les moyens de suspendre la procédure, quand les débats ne sont pas venus aggraver les griefs et que les époux ne se sont pas encore réciproquement couverts d'injures. Néanmoins comme cette suspension de procédure présente forcément une situation assez mal définie, nous pensons devoir réduire à un an, le maximum de sa durée, que la loi allemande de 1900 a porté à 4 ans, alors que la Société d'Études législatives a pensé que six mois étaient la limite que l'on ne devait pas dépasser. C'est dans le même désir de faciliter la réconciliation entre les époux que nous souhaiterions voir supprimer la publicité des débats, publicité qui ne peut être du reste que préjudiciable aux deux époux et à leurs enfants.

Nous sommes convaincu cependant que toute législation sur le divorce ne donnera des résultats satisfaisants

que si des réformes profondes s'accomplissent soit dans notre organisation judiciaire soit dans la procédure du divorce. Les juges sont, à l'heure actuelle, trop peu nombreux et trop éloignés du justiciable pour intervenir d'une façon éclairée et utile dans les conflits domestiques.

Puisque l'on parle tant maintenant de spécialiser les magistrats, ce serait une question à étudier, que celle de savoir s'il n'y a pas lieu de créer des tribunaux spéciaux chargés uniquement d'intervenir dans les affaires de famille. Sans accorder à cette juridiction nouvelle les pouvoirs exorbitants et presque inquisitoriaux que possède en Suisse le juge des tutelles, nous pensons que l'on pourrait lui accorder, dans une certaine mesure un droit de contrôle et de surveillance dans le domaine privé des citoyens. Non que nous voulions faire revivre ces tribunaux de famille créés par le droit révolutionnaire ou les tribunaux arbitraux proposés par M. Margueritte.

Nous sommes persuadé qu'il serait facile de trouver dans chaque canton les compétences et les bonnes volontés nécessaires au bon fonctionnement d'une justice domestique.

Nous voyons là, une réforme essentiellement démocratique et féconde, qui permettrait d'assurer, en outre, l'application rigoureuse et constante des garanties accordées à la femme par la loi de 1907.

En ce qui concerne la procédure du divorce, il est in-

dispensable de diminuer, dans toute la mesure du possible, le nombre des jugements prononcés par défaut. Grâce au système des astreintes et à des procédés exceptionnels de publicité, il serait facile de remédier à un état de choses vraiment déplorable ; dont le résultat le plus immédiat est le rétablissement, en fait, du divorce par consentement mutuel. Il faudrait de plus forcer le juge à renoncer à ces simples enquêtes officieuses confiées au commissaire de Police, qui font dans la plupart des cas, dépendre la rupture du mariage, des racontars de concierges ou des animosités de voisins.

Ainsi donc, tout en n'hésitant pas à édifier un droit public au-dessus des individus, nous avons essayé de donner, à cette législation du divorce, un juste équilibre, d'une part en assurant la plus grande souplesse possible au système, d'autre part, en restreignant, jusqu'aux limites raisonnables, le pouvoir excessif d'interprétation que le juge s'était arrogé. Nous avons pensé qu'il était impossible d'aller plus loin dans la voie de la restriction. En législation, il faut, avant tout, faire œuvre humaine et éviter de raisonner sur des abstractions.

L'absolu n'est vrai que dans les sciences mathématiques ; dans les sciences sociales, il conduit à l'absurde et à l'injuste. Quant à cette conception toute moderne du rôle du juge en matière privée, conception que nous avons seulement esquissée, sa réalisation nous permettrait les plus grandes espérances dans l'œuvre de moralisation qui s'impose car nous sommes convaincu que de-

main comme aujourd'hui le dernier mot de la sagesse sera « mieux vaut prévenir que guérir ».

Vu par le professeur président
de la thèse

R. PIÉDELIEVRE.

Vu le Doyen

P. CAUWES.

Vu et permis d'imprimer,
Vice-Recteur
de l'Académie de Paris

LIARD.

OUVRAGES CONSULTÉS

VAZEILLE. — *Traité du mariage, de la puissance maritale et paternelle*, t. II.

CHAUDET et BRIAND. — *Manuel complet de médecine légale.* †

COULON (Henri) et DE CHAVAGNES. — *Le mariage et le divorce de demain*. Paris, Flammarion.

LANGLEBERT (D^r Edmond). — *La syphilis dans ses rapports avec le mariage*. Paris, Bataille.

Comité de Réforme du mariage. *La réforme du mariage. Exposé des motifs et projet de loi*. Paris, Marchal et Bellard.

PARFAIT (Emile). — *Le droit populaire. Le mariage, le contrat de mariage*. Saumur, Milon fils.

COULON (Henri). — *Divorce et séparation de corps*.

CARPENTIER. — *Traité théorique et pratique du divorce*.

HITIER. — *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce*.

ROL. — *Les causes et les effets du divorce. Thèse*, Aix, 1905.

PLANIOL. — *Traité élémentaire de droit civil*.

LEHR. — *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les pays civilisés*.

GAILLARD. — *Les causes du divorce en législation comparée. Thèse*, Bordeaux, 1900.

SALEILLES. — *Notice sur le nouveau Code civil allemand (Annuaire de législation étrangère, 1896 et années suivantes)*.

DEMOLOMBE. — *Mariage et séparation de corps*.

- FENET. — *Travaux préparatoires du Code civil.*
- ORFILA. — *Leçons de médecine légale.* Paris 1823.
- MERLIN. — *Répertoire de jurisprudence.* V. Séparation de corps.
- MARC. — *Dictionnaire des sciences médicales.* Paris, 1813. V. Copulation.
- MIREUR. (D^r Henri). — *La syphilis et la prostitution dans leur rapport avec l'hygiène, la morale, la loi.* Paris, Masson.
- SOLARI. — *La syphilis au double point de vue individuel et social.* Paris, Maloine.
- STEVENARD. — *Le secret médical et la syphilis.* Paris, Jouve.
- LE FOYER (Lucien). — *Des conséquences juridiques de la contamination syphilitique.* Paris, Giard et Brière.
- MORACHE. — *Le mariage.* Paris, Alcan.
- FOURNIER (Alfred). — *Danger social de la syphilis.* Paris, Delagrave.
- FOURNIER (Alfred). — *Syphilis et mariage.*
- MORIZOT-THIBAUT. — *La femme et le divorce.* Réforme sociale.
- MARGUERITTE (Paul et Victor). — *Mariage et divorce (Revue des Revues, 1900).*
- HUGUES LE ROUX. — *Le bilan du divorce.* Paris, Lévy.
- BUPNOIR. — *Etude sur le projet du Code civil allemand (Bulletin de la société de législation comparée, février, 1899).*
- DE MELEUNAERE. — *Code civil allemand.*
- NAQUET (Alfred). — *La loi du divorce.* Paris, Fasquelle.
- VALENSI (Alfred). — *L'application de la loi de divorce en France. Thèse, Montpellier, 1905.*
- AUFERT (D^r Alfred). — *Tuberculose et mariage.* Bordeaux, impr. Cadoret.
- COLONDRÉ (Jules). — *Mariage et divorce. Thèse, Toulouse. Code civil suisse, de 1907.*
- LAURENT. — *Principe de droit civil français, t. V.*
- LEHR. — *Eléments de droit civil germanique.*
- HUBER. — *Exposé des motifs de l'avant-projet du département de Justice et de Police, 1902.*
- LAUDOUZY. — *La tuberculose maladie sociale.* Impr. Wellhoff et Roch à Levallois-Perret.
- LANNELONGUE, ACHARD, GAILLARD. — *Influence modificatrice de l'évolution tuberculeuse.* Paris, Masson.

JOUSSET (Dr Paul). — *Prophylaxie de la tuberculose*. Paris, Baillière et fils.

BROUARDEL (Dr Paul). — *La lutte contre la tuberculose*. Paris, Baillière et fils.

PIERRET (Emile). — *Le péril de la race : avarie, alcoolisme, tuberculose*.

BROUARDEL (Dr Paul). — *Cours de médecine légale*. Paris Baillière et fils.

MALARCE (A. de). — *Les résultats de la loi sur le divorce* (B. des Sciences économiques et sociales du comité des travaux historiques et scientifiques).

CHARRIÈRE Henry. — *Le divorce par consentement mutuel et le divorce par la volonté d'un seul*.

VIBERT. — *Précis de médecine légale*.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE DIVORCE

Polémiques violentes suscitées encore de nos jours par le divorce. — L'union libre ne doit pas se substituer à notre mariage qui doit même garder tous ses caractères traditionnels. — Admission du principe du divorce. — Nécessité de res- treindre cette institution dans les limites du possible	4
--	---

CHAPITRE PREMIER

MODALITÉS DIVERSES DU DIVORCE

1° Répudiation pour cause déterminée mais accordée au mari seul	9
2° Répudiation non motivée mais accordée aux deux époux	10
3° Divorce par consentement mutuel	13
α) En sa faveur : arguments d'histoire, de raison, de jus- tice, de droit, de législation comparée, de pratique .	13
β) Pour sa réfutation : nécessité pour le juge de con- naître le motif d'un acte aussi grave que la rupture	

du mariage. — Les scandales ne doivent pas empêcher la révélation des faits délictueux. — Le divorce par consentement mutuel pour être pratiqué doit échapper à toute réglementation ce qui provoque les pires abus. — Ce genre de divorce est injuste. — La théorie du mariage contrat qui lui donnerait une base juridique est fausse	37
4° Divorce pour causes déterminées par la loi et prouvées devant le magistrat (deux conceptions différentes)	38

CHAPITRE II

MODIFICATIONS A APPORTER A NOTRE LOI SUR LE DIVORCE

1° Défectuosité de notre Code	55
2° Responsabilité du législateur dans l'extension du divorce	57
3° Précautions à prendre avant de toucher à ce Code.	64
4° Directives à suivre dans l'élaboration d'une législation nouvelle	66
5° Sources auxquelles nous croyons avoir dû puiser .	70

CHAPITRE III

ADOPTION D'UNE FORMULE LARGE CONTENANT LES CAUSES RELATIVES
DE DIVORCE ET DE CERTAINES CAUSES SPÉCIALES DE DIVORCE

1° Impossibilité d'établir une liste complète des causes de divorce comme l'avait voulu Roulay et les rédacteurs du Code civil de la loi de 1884.	85
2° Formule large et liste aussi courte que possible des causes déterminées de divorce	87
3° Supériorité de l'article 1568 du Code allemand sur les autres textes adoptés ou proposés. Son adoption avec quelques légères modifications	92

CHAPITRE IV

EXAMEN DE LA FORMULE LARGE ADOPTÉE

1 ^o Considérations générales	103
2 ^o Violations des devoirs du mariage	106
3 ^o Conduite immorale et déshonorante	117
4 ^o Restriction de l'application de l'art. 231 en cas d'existence d'un enfant commun	132

CHAPITRE V

EXAMEN DES CAUSES DÉTERMINÉES DE DIVORCE

1 ^o Considérations générales	133
2 ^o Etude des diverses causes spéciales de divorce . .	134
a) Condamnation à une peine afflictive et infamante de droit commun	136
Maintien de l'art. 232 actuel sauf de légères modifica- tions. Erreur du législateur de 1884. — Loi suisse et Code allemand. — Relèvement du coupable. — Compensation des torts.	136
b) Attentat à la vie du conjoint	149
Etude de la législation actuelle. — Cause admise par les lois suisse et allemande. — Actes prépa- ratoires pourront suffire à caractériser le fait. — Cas où des actes exécutoires auront été perpétrés.	150
c) Séquestration arbitraire.	152
Divorce admis seulement en faveur de la femme . .	152
d) Abandon malicieux	153
Législation de 1792. — Eléments constitutifs de cette cause. — Réglementation très stricte s'im- pose. — Difficulté juridique en cas de refus du divorce par le tribunal. — Egalité des deux sexes. Etude de la loi allemande.	153
e) Absence	163
Ne peut jamais être une cause de divorce	163
f) Adultère	164

Historique. — Inégalité des deux sexes serait à restaurer. — Décisions de la jurisprudence. — Adultere doit être pris au sens strict. — Rejet de la tentative d'adultère. — Examen des faits justificatifs par le jugé. — Assentiment. — Participation. — Provocation à l'adultère. — Aveu. — Suspension de la procédure	165
g) Maladies	178
α) Maladies ordinaires	179
Difficulté de diagnostiquer si la maladie est incurable	180
Capitis deminutio du juge. — Difficulté d'avoir de bons experts. — Points de vue différents auxquels se placent le juge et l'expert. — Secret professionnel. — Elargissement énorme du divorce . .	180
Raison de haute moralité empêche d'adopter la maladie comme cause de divorce	188
β) Maladies mentales.	190
Raisons de mettre à part ces maladies	191
Idée de faire de la folie une cause de divorce gagne du terrain de jour en jour. — Proposition de M. Collin. — Examen des Codes suisse et allemand. — Difficulté encore plus grande que dans les autres maladies à prouver si la maladie est incurable	192
Multiplicité des divorces qui résulterait de l'admission de la folie comme cause de divorce . . .	199
Dangers d'introduire le médecin dans les procès en divorce	200
γ) Maladies sociales	203
I) Tuberculose	203
Exerce particulièrement ses ravages en France. — Ses conséquences individuelles et collectives. — Exagération des conséquences de l'hérédité et de la contagion en fait de tuberculose. — Contagion familiale insignifiante. — Maladie curable grâce aux soins donnés dans la famille	203
II) Maladies vénériennes	215

1° Blennorrhagie	215
Doit être admise comme cause de divorce.	216
2° Syphilis	217
Conséquences individuelles et sociales dans le présent et dans l'avenir. — Mal très curable surtout depuis les progrès énormes réalisés aujourd'hui dans la thérapeutique. — Silence du Code.	217
Opinion de Pothier et de Merlin. — Décisions de la jurisprudence.	220
Inutilité de prononcer le divorce en cas de syphilis .	226
Communication consciente de la syphilis doit être un cas de divorce	231
h) Impuissance.	235
Distinction : stérilité et impuissance. — Droit canon et législations modernes. — Difficulté de la preuve. .	231
a) Stérilité ne doit pas être une cause de divorce	237
β) Impuissance doit être une cause de divorce	238

CHAPITRE VI

AMÉLIORATIONS DIVERSES A APPORTER A NOTRE LÉGISLATION DU DIVORCE

Suppression de la séparation de corps à titre perpétuel	241
Temps d'épreuve obligatoire après le prononcé de divorce	241
Tentatives de conciliation entre époux pendant le délai d'épreuve	242
Suspension possible de la procédure.	243
Réduction au minimum des jugements par défaut .	244
Création de tribunaux domestiques	244

